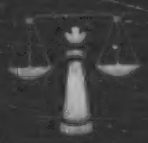
SERVING CANADIANS

BOOKLET 2

SOME THOUGHTS ON BIJURALISM IN CANADA AND THE WORLD



The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism

Second Publication

Department of Justice Canada

Ministère de la Justice Canada

Canada

SOME THOUGHTS ON BIJURALISM IN CANADA AND THE WORLD

Marie-Claude Gervais and Marie-France Séguin

National Library of Canada cataloguing in publication data

Main entry under title :

The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism. Second publication.

Text in English and French on inverted pages.
Title on added t.p. : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.
Includes bibliographical references.
Issued also on the Internet and on CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Civil law — Quebec (Province)
3. Conflict of laws — Canada.
4. Comparative law.
I. Canada. Dept. of Justice.

KE432.H37 2001 342.71'042 C2001-980147-5E

Published by authority of the Minister of Justice and Attorney General of Canada

© Minister of Justice and Attorney General of Canada 2001

Printed in Canada

CAT: J2-176/2-2001
ISBN: 0-662-65724-1
TE: The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.
STE: Some thoughts on bijuralism in Canada and the world.
TF: L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien.
STF: Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations.

TABLE OF CONTENTS

General Introduction 1

PART I—Characteristics and Context of the Two Legal Traditions 3

Historical Background 3

Characteristics of the two legal traditions 4

- *The civil law tradition* 4
- *The common law tradition* 5

Characterization of the two legal traditions: private law and common law in Canada 6

PART II—Forms of Coexistence of the Two Legal Traditions in Canada 7

Influence through interpretation or integration 7

Interaction between the two legal traditions: the relationship of complementarity and its exception, dissociation 8

The realization of the Complementarity relationship 11

- *First methodological implication* 12
- *Second methodological implication* 12

PART III—Forms of Coexistence of the Two Legal Systems in Other Parts of the World 14

The United Kingdom and laws applicable in Scotland 14

United States and laws applicable in Louisiana 15

Europe and the autonomy of European law 16

General Conclusion 18

SOME THOUGHTS ON BIJURALISM IN CANADA AND THE WORLD

By Marie-Claude Gervais,
Legal Counsel, Office of La Francophonie,
Civil Law and Corporate, Management Sector,
Department of Justice Canada

By Marie-France Séguin,
Special Counsel—Civil Law,
Civil Law and Corporate Management Sector,
Office of the Associate Deputy Minister,
Department of Justice Canada

General Introduction

A society produces various types of discourse and translates them into reality. In this way, it learns to know itself and to evolve. It finds words, signs and symbols for those realities. Law plays a role in this process, and that role is defined by its relationship to methods of reasoning and regulation and through its identification with values that ensure its coherence.

Juridical cognition that is manifested through diverse methods of legislation is of course a matter of interest to more than one discipline. And an understanding of more than one legal system in a single community raises even greater challenges to the extent that the coexisting systems have their own identity. However, the linear view one might be tempted to take of the manner in which legal traditions have developed may be convenient in this context, but incorrect. There has been too great a confluence of ideas shaping the history of these traditions for anyone to disregard their similarities and mutual ties. This will be of much greater interest to sociologists and legal historians. We are neither. We are not interested in legal agents or socio-legal representations, but in the meaningful relationships between the various types of legal discourse, that is to say, between legal traditions. It is the areas where these forms of discourse and traditions are superimposed on one another and appropriate and complement each other that lead us to think of bijuralism in its proper place, for which globalization now forces us to set aside multi-dimensional spaces, common areas and fields where ideas coexist or are assimilated.

Bijuralism is defined as the coexistence of two legal traditions within a single state. Since the common law and civil law coexist in Canada in both official languages, Canada is said to be a bijural country.[1]

---

[1] By defining bijuralism as meaning the coexistence of two systems of law, we limit its scope to the major contemporary legal systems. Out of a concern to provide a more accurate description of the legal landscape, some authors believe instead that the terms "plurijuridalism" or "legal pluralism" should be used to describe the Canadian situation in order to accommodate Aboriginal rights and the specific characteristics of each common law province (see *inter alia* J.E.C. Brierley, "Bijuridism in Canada", in *Contemporary Law,*

Although many countries are also governed by a combination of two or more systems of law, the combination of civil and common law is much rarer. It is found in scarcely fifteen states and the face of bijuralism differs in each of those countries.

In a presentation entitled *Le bijuridisme au Canada*, the Honourable Mr. Justice Michel Bastarache of the Supreme Court of Canada noted: [translation] "There are relatively few countries where two fundamentally different legal systems coexist. Canada is one of these countries. 'Bijuralism in Canada' means the coexistence of the English common law and French civil law traditions within a federal state."[2]

The article that follows is an attempt to determine the meaning and gain a better understanding of the nature of the ties that bind these two great contemporary legal traditions.

In so doing, we aim to present various forms of coexistence of the two legal traditions in Canada, and elsewhere in the world (giving non-exhaustive examples), and making reference notably to the harmonization project put into place by the Minister of Justice of Canada, with a view to developing and sharing this expertise in the making.

National Reports to the 1990 International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990, (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1992) 22, note 9, at 25).

2 Michel Bastarache, "Le bijuridisme au Canada" (luncheon on bijuralism and the judiciary, Department of Justice, Ottawa, 4 February 2000).

PART I

CHARACTERISTICS AND CONTEXT OF THE TWO LEGAL TRADITIONS

Historical Background

One will recall the witticism of George Bernard Shaw, "England and America are two countries separated by the same language". What may one say, then, justly asks the Honourable Pierre Viau, Justice of the Superior Court of Quebec, of our situation in Canada and more specifically in Quebec, where, within the course of one hearing, we switch from one language to another, from public law to private law, from Quebec legislation to federal legislation, from civil law to common law.[3]

Canada is a bijural country because it applies two bodies of common law in the private sphere: the common law and the civil law. The existence of two common laws may be explained by history and by the colonisation of America by the English and the French.[4] The colony was first subjected to French law, then, following the British victory in 1759-60, to the English common law.[5] The preservation of this legal duality in Canada resulted from the historical relationship of complementarity within which the common law and civil law continued and which was entrenched by the *Quebec Act* of *1774*[6] and later on by the division of legislative powers provided for by the Canadian Constitution of 1867.[7]

The *Quebec Act*[8] specifically provided that French law applied to matters of property and civil rights and English law to matters of public and criminal law. The *British North America Act*[9] divided legislative powers between the federal government and those of the provinces. Subsection 92(13) allowed for continued national legal duality by providing that property and civil rights would be under provincial jurisdiction.[10] Quebec was thus able to preserve its civil law and the other provinces their common law.

By conferring on the provinces exclusive authority over property and civil rights, subsection 92(13) forms the basis of the complementary relationship between federal law and provincial private law. Only those standards accordingly adopted by the provincial legislatures can complement federal instruments which are silent on an aspect relating to property and civil rights which appears essential to their application.[11] A number of matters with a private law component, such as bills of exchange, bankruptcy, marriage and divorce,[12] were placed under federal

---

3 P. Viau, "Quelques considérations sur la langue, le droit, le bilinguisme et le bijuridisme au Canada", in E. Gayme, *Langue et Droit, XVth International Congress on Comparative Law*, Bristol 1998, collection of reports (Brussels: Bruyant, 1999) at 142-143.

4 See on the subject J.E.C. Brierley, *supra* note 1, at 23ff.

5 By the Royal Proclamation of the Treaty of Paris, the King of England prescribed the formation of courts of judicature and public justice to hear all cases in accordance with the laws of England.

6 (U.K.) 14 Geo. III, c. 83.

7 U.K. 1867, 30-31 Victoria, c. 3 (since 1982, *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11).

8 The official title of this statute is *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America.*

9 *Supra* note 7.

10 The expression "property and civil rights" has been interpreted as generally including relations in civil society, including those relating to property and contracts.

11 There is nevertheless a notable exception to this rule. Under the general theory of the division of powers, provincial private law may not apply on a supplementary basis to offset Parliament's failure to exercise its primary power over a matter. (*Union Colliery* v. *Bryden*, (1899), A.C. 580, at 588 [hereinafter *Union Colliery*].)

12 The division of powers has moreover confirmed the role of the common law in public and criminal law.

jurisdiction. There are only a few federal statutes that concern private law matters exclusively.[13] However, a number of acts interact with provincial private law, which, in the case of Quebec, is the civil law.

However, this satisfactory division of powers sometimes becomes less so when one thinks of the juxtaposition of both public and private law in the same law, such as the common law retained by the Federal legislator and the civil law of Quebec. Let us not forget either that legal drafting in these fields follows different fundamental structures. Moreover, as the Honourable Justice Viau maintains,

> [translation] "Two languages mean, first of all, two styles, at least as regards drafting. And more than that also. French law and English law are conceived differently. The same ideas are not concealed in the same fashion within words whose meaning and import are sometimes difficult to discern".

In this regard, he cites Louis-Phillipe Pigeon, who later on became Justice of the Supreme Court of Canada, and who describes this situation particularly well:

> [translation] "English legal style subordinates every consideration to the search for precision. It attempts to say all, define all, to intimate nothing, and to never assume the intelligence of the reader. Consequently, in formulating a rule, it begins under reserve of all exceptions. [...] In the French style, which is tending unfortunately to disappear in France, because a lot more is legislated by decree than by law, the search for precision is dominant. One tries to find the precise word, and to formulate a general rule instead of enumerating multiple applications." [14]

We will now provide some more detail on these two legal traditions.

Characteristics of the two legal traditions

- ***The civil law tradition***

The civil law is often defined as a law which derives its source and inspiration from Roman law. However, this only partly reveals the essence of the civil law. Most civil law countries have, of course, rules that can be traced back to Roman law, but they also generally have canonical rules or rules of customary law. What characterizes the civil law is perhaps more precisely its "style",[15] even [translation] "a certain way of conceiving, expressing and applying a legal rule which transcends legislative policies which shift periodically in the history of a people".[16]

With this style, the civil law managed to conquer America, through Quebec, Louisiana and a number of South American countries. The French heritage remains alive today and the particular forms it takes have helped to enrich all the countries that share this legal culture. While remaining resolutely civil in form, Quebec private law differs from French law and features original rules that are at times based on English law. The civil law is that body of law consisting of the fundamental rules of private law—general legal principles, rules concerning the status of persons and the family, property and the theory of obligations—which constitute its common law. In Quebec, these fundamental rules are mainly stated in the Civil Code, as may be seen from the Code's Preliminary Provision:

---

13 For example, the *Divorce Act*, R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 3; *Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act*, R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 4, and *Marriage (Prohibited Degrees) Act*, R.S.C. 1990, c. 46.

14 P. Viau, *supra* note 3, who cites L.P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (Government of Quebec) 1065, at 5-6.

15 See R. David cited in P.-A. Crépeau, "Préface", in Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. 1, *Projet de Code civil* (Quebec: Éditeur officiel du Québec, 1978) at XXIX.

Preliminary Provision

> ***The Civil Code of Quebec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.***
>
> ***The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the jus commune, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.***

- ***The common law tradition***

Starting with the Norman Conquest of England in 1066, the common law was gradually developed by the Royal Courts which sought to standardize the law, contrary to local custom, on the basis of a general—and fictitious—custom applicable throughout the kingdom. The common law thus derives from the activity of the courts. It is the work of judges. The rules developed by the courts do not necessarily constitute common law rules in the strict sense because only those rules accepted and applied by the Royal Courts of Westminster form the common law. Starting in the XVth Century, however, the Court of Chancery added rules of equity to English law.

Jurisdictional duality was abolished in England by the Judicature Acts of 1873 to 1875 and a new jurisdiction was created—the High Court of Justice, comprising three divisions: the Queen's Bench (Common law), Chancery (Equity) and Probate (formerly Probate, Divorce and Admiralty). In the common law provinces of Canada, the equivalent divisions were gradually integrated into a unified judicial system. Although the jurisdictions were merged, the two systems of rules, (common law and equity), remained separate. Although all courts may apply both rules, equitable remedies (e.g., the right to an injunction) are even today contrasted with common law remedies (e.g., the right to damages). However, in case of conflict between the rules of common law and those of equity, the latter prevails.

Common law and equity are sometimes referred to generically as common law. In this sense, the common law must be understood as unwritten law based on judicial precedent (as opposed to statutory law which derives from legislative sources) and are applicable in the absence of relevant statutory provisions. "This method [strict construction of exceptions to general law] is based on the opposition between common and statute law. Historically, common law was the general law and statute law the exception."[17]

Common law is distinguished by its method and inductive reasoning, which consists of generalizing from precedents and observing similarities. Civil law, on the other hand, is characterized by its deductive method, high degree of abstraction and generalization.[18] In short, the method of the civil law is rational, that of the common law empirical.

---

16 Ibid.

17 P.-A. Côté, *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Montreal: Thémis, 1999) at 644.

18 See R. David, René, Le droit anglais, (Paris: Presses universitaires de France, 1975); J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (London: Stevens, 1985); A.R. Hogue, *Origins of the Common Law*, (Indianapolis: Liberty Press Edition, 1966); M. Bastarache, "Les défis nouveaux du bijuridisme", (1998) 29 R.G.D. 241, at 243; M. Dion, "Le bijuridisme canadien : perspective du ministère de la Justice", (1998) 29 R.G.D. 253, at 254ff.

Characterization of the two legal traditions: private law and common law in Canada

In Canada, the distinction between private law and public law makes it possible to determine the common law applicable to a legal relationship: the common law in public law, the civil law in Quebec private law and the common law in private law elsewhere in the country. As a result of the division of legislative powers, Canadian bijuralism is a significant presence whenever the application of a common law federal statute requires recourse to private law.

In this context, provincial private law applies [translation] "as a supplement to every federal statutory provision concerning a private law matter in order to complete it [...]"[19] Although the notion of private law traditionally means the body of rules of law applicable to relations between individuals, these rules in some instances have an impact on the development, interpretation or application of rules which, at first glance, do not concern relations between individuals.

Common law means the law applicable in the absence of specific rules. It is a body of rules that may apply where unopposed and especially provides "the interpreter with conceptual resources to apply specific statutes".[20] The term *supplementary law* is at times used to describe the common law, but the common law is not an addition to special rules; it supports them.[21]

---

[19] J.M. Brisson and A. Morel, "Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation", *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Department of Justice, 1997) 213, at 231.

[20] J.M. Brisson, "Le Code civil, droit commun?", in *Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron — 1992* (Montreal: Thémis, 1993) 292, at 296.

[21] *Dictionnaire de droit privé*, 3rd ed., forthcoming, *s.v.* "droit commun".

PART II
FORMS OF COEXISTENCE OF THE TWO LEGAL TRADITIONS IN CANADA

An understanding of bijuralism calls for an analysis of a fundamental notion, the notion of mixed law. This notion is not *a priori* hard to understand—it means a system of law whose institutions derive from different legal systems and result from the cumulative application, or from the interaction, of techniques belonging to those systems.

The notions of "bijuralism" and "mixed law" do not describe the same aspects of reality. Two legal systems may coexist within a single state without interacting, in which case that state may be considered "bijural", but not as having a mixed legal system. Canada is said to be a bijural country because civil law is the common law of Quebec and common law that of the rest of Canada. However, Federal law is also a mixed law since its development, interpretation and application are based on the common law of each province.

Certain writers hold that the reciprocal action of two coexisting legal systems may manifest itself in various ways, in particular:

1. By the *cumulative application* to a single institution of rules deriving from either of those systems—substantive rules belonging to one system and formal rules to the other, for example;

2. By an *interaction* of their respective rules that leads the legislator or the interpreter of the legislation to proceed with the harmonization or necessary coordination of relations between the two legal systems.

The rules, concepts or institutions of one of the systems may implicitly or explicitly *influence* the drafting, interpretation and application of the rules, notions and institutions of the other. The rules, notions or institutions of one of the systems may, with the appropriate changes, be *incorporated* in the other system.

The rules, notions and institutions of the two systems may furthermore *interact* with each other.

Thus it may be said that the evolution of coexisting legal systems may be characterized by their relations of influence, integration and interaction. In Canada, the two legal traditions coexist in these two ways at the national level: at times they influence each other, at other times, they interact.

The following section discusses the relationship of *interaction*, which in Canada is properly known as *complementarity*. But first, what about relationships of *influence* and *integration*?

Influence through interpretation or integration

Are the civil law and common law as dissimilar as one might be inclined to believe? Some writers state that many differences between the civil law and common law systems are *more apparent than real*,[22] resulting much more, in their view, from the manner and order of presentation of the rules than from their content, and that the few substantive differences can mainly be explained as a matter of *historical accident*.[23]

---

[22] J.A. Clarence Smith and Jean Kerby, *Private Law in Canada, A Comparative Study* (Ottawa: University of Ottawa Press, 1987) at 12ff.

[23] Ibid.

The convergence in Western society today largely transcends the national systems which in some instances have perhaps been contrasted to an exaggerated degree in comparative law. In fact, the similarities between civil law and common law are much greater than are the technical differences.

These similarities are often the result of the influences the two have had on each other over time: Quebec civil law, for example, is definitely a faithful reflection of French law, but the latter is in philosophical agreement with English law.

The common law thus plays a very great role in Quebec private law in both formal and substantive terms. The form of judgments, for example, reveals a very clear relationship with the common law. Case law illustrates the mixed nature of Quebec law—the task of Quebec judges, as civil law judges, is not to restate a rule established by a court on the basis of the facts before them. Like French judges, they apply an abstract rule to specific facts. Unlike French judges, Quebec judges, like common law judges, explain their reasoning. They generally proceed with a detailed analysis of the rule, of previously applied judgments and of the relevant doctrine, then set out the reasons leading them to apply the rule to the facts before them.

As to substance, the influence of the common law is apparent in two major respects: interpretation of the *Civil Code of Quebec* and law reform.

Following the adoption of the *Civil Code of Lower Canada*, a number of judges resorted to common law rules as instruments of interpretation. Application of the common law was not limited at the time to rules based on English law. Its approach was not based on a comparative law method whose purpose was to find the most appropriate solution to the situation, but rather, to interpret the rules of civil law so that they would lead to solutions identical to common law rules.

Today, since Quebec's civil law enjoys full autonomy, judges ensure that the specificity of the two systems is respected, without depriving themselves of the wealth of lessons afforded by comparative legal analysis. The Supreme Court of Canada often adopts a comparative method, drawing at times on the civil law in a common law context.

The common law, or more precisely the statute law existing in common law jurisdictions including the United States and the other Canadian provinces, in turn exercises an influence on Quebec law. In the 1960s, the Quebec legislature drew on it when it proposed to reform the law, passing an act amending the Civil Code, *An Act to protect borrowers from certain abuses and lenders from certain privileges*, which was patterned on an Ontario statute, *The Unconscionable Transactions Relief Act*. Similarly, the reform of insurance law and development of rules respecting family patrimony followed upon studies concerning, among other things, the law of the other Canadian provinces.

Interaction between the two legal traditions: the relationship of complementarity and its exception, dissociation

In parallel with the influences the legal systems exercise on each other, the reciprocal action of those systems may also manifest itself through the interaction of their respective rules and principles.

In Canada, the division of legislative powers has established relationships of complementarity between the law of the provinces and federal law. By conferring exclusive authority over property and civil rights on the provinces, subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867* forms the basis of

the complementarity between federal law and provincial private law. Only standards adopted by the provincial legislatures can supplement federal instruments that are silent on a matter pertaining to property and civil rights that is essential to their implementation.

There is nevertheless a notable exception to this rule. Under the general theory of the division of powers, provincial private law cannot be applied on a supplementary basis to offset Parliament's default in exercising its primary power over a matter:

> "The abstinence of the Dominion Parliament from legislating to the full limit of its powers, could not have the effect of transferring to any provincial legislature the legislative power which had been assigned to the Dominion [...]"[24]

The private law of a province will thus apply only in matters under Parliament's ancillary power, that is to say in an area falling mainly under provincial jurisdiction under subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, but which may be governed by Parliament to the extent required for the furtherance of an objective under Parliament's exclusive authority.

For these reasons, the expression "property and civil rights" ("propriété et droits civils") has come to mean the field of private law *stricto sensu* in general—except matters under federal jurisdiction—as well as certain fields of public law, particularly administrative law, as it relates to private law. As noted by Professor Hogg:

> "In other words, the evolution of our laws has now swept much public law onto the rubric which was originally designed to exclude public law."[25]

The ties that bind the civil law to federal statutes are analogous to those between the legislation of the Province of Quebec and the *Civil Code of Quebec*. Quebec's Civil Code establishes Quebec's common law and is capable of supplementing other statutes. This correlation also exists between federal law and the private law of the other provinces, although it is less apparent, because those provinces have the same fundamental law in common (the common law), which moreover is visibly present in the federal statutes. This facilitates their interpretation and administration in the provinces with this private law legal tradition in common. In this context, the notion of suppletive law, which forms the basis of the complementarity principle, is decisive.

The question of the civil law's complementarity with federal legislation, particularly with regard to what differentiates the various types of interactions, remains to be considered in greater depth. This question arises each time a provision in a federal statute relies directly or indirectly on a private law concept. The specific fields of law governed by federal acts, bills of exchange, banks and bankruptcy, for example, often raise this issue.

As Parliament has only limited power in private matters, provincial law thus applies in principle in supplementing federal legislation. The civil law supplements the federal act through the *implicit dependence* of such a federal statute on the common law system governing relations between individuals in the province. The civil law can also supplement a federal act via a formal reference to it in the federal law. For example, subsection 91(4) of the *Canada Marine Act* provides:

> *(4) A lease or licence may be effected by any instrument by which real property may be leased or a licence may be granted by a private person* ***under the laws in force in the province in which the property is situated.***

---

[24] *Union Colliery, supra* note 11, at 588.

[25] Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4th Edition, Carswell, Toronto, 1997, at page 547.

Subsection 21(1) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, as amended by Bill S-4, *A First Act to harmonize federal law with the civil law of Quebec*, tabled in the Senate last January, is another example:

> *c) In all cases where a claim is made against the Crown, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction with respect to it,* ***the superior court of the province*** *in which the claim arises has concurrent jurisdiction with respect to the subject-matter of the claim.*

Where it must be determined which creditors will be preferred over others in bankruptcy, the *Bankruptcy and Insolvency Act* provides for such determination by reference to concepts of provincial private law which, in Quebec, are stated in the *Civil Code of Quebec*.

Parliament further relies, implicitly or expressly, on private law where it refers in the *Income Tax Act* to the concepts of trust and hypothec.

Parliament may also expressly disregard the common law of the province and choose another law of reference.

The complementarity that links federal law with the civil law, like that between federal law and the law of the other provinces in the same circumstances, is the cornerstone of work being done by the Department of Justice Canada and of the efforts here being made to ensure that the particular characteristics and advantages of that work are understood. How has Canada's Parliament gone about establishing complementarity? Before answering this question, the concept of *dissociation*, which is an exception to complementarity, will briefly be addressed.

In a work published in 1996 for the Department of Justice Canada, Professors Morel and Brisson mention that there are exceptions to the rule of complementarity which they characterize as dissociations. In such cases, a standard foreign to the private law of the province of application corrects the incompleteness of the federal legislation, thus excluding any suppletive application of the law of that province. It will be said of such standards that they display no relationship of complementarity with the provincial law. Consequently, an area of activity will be said to be of "autonomous federal law" where all legislative standards governing it maintain this kind of relationship of dissociation.

Thus we will consider the sources of dissociation where, in choosing a law other than that of Quebec to supplement silences in its legislation, Parliament excludes all application. The degree of dissociation of federal law from the civil law is moreover subject to variation—the dissociation can be absolute or relative.

Section 2 of the *Federal Court Act*,[26] is a prime example of implicit dissociation.

The Supreme Court considered this section in *ITO—International Terminal Operators* v. *Miida Electronics Inc.*[27] The approach adopted by the Supreme Court of Canada in defining the scope of Parliament's legislative powers in navigation and shipping differed from the traditional approach previously used to consider the constitutionality of statutes.[28] To determine the scope of Parliament's legislative powers in the matter, the Supreme Court relied instead on the expression

---

[26] R.S.C. 1985, c. F-7.

[27] [1986] 1 S.C.R. 752 [hereinafter *International Terminal Operators*].

[28] In the traditional approach of the general theory of the division of powers, a problem regarding the constitutionality of a statutory provision is resolved first by considering the definition of the powers which the Constitution, not the legislation, confers on an order of legislative power. The legislation cannot meet the definition of the scope of those powers. See on the general theory of the division of powers F. Chevrette and H. Marx, *Droit constitutionnel* (Montreal: Presses de l'Université de Montréal, 1982) at 271-273.

"Canadian maritime shipping" contained in the *Federal Court Act,* rather than "navigation and shipping" in subs. 91(10). The Federal Court, created in 1971, assumed the admiralty jurisdiction previously conferred upon the Exchequer Court. Its original act clarifies and expands this jurisdiction by assigning it the administration of "Canadian maritime law". This law is defined in section 2 as follows:

> ***"Canadian maritime law"*** *means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its admiralty side by virtue of the Admiralty Act, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament.*

In the wake of a lengthy series of judgments concerning the Federal Court's jurisdiction, the Supreme Court recognized in *ITO* v. *Miida Electronics Inc.* the existence of a uniform Canadian maritime law covering the entire field of federal jurisdiction in the matter and excluding the supplementary use of provincial law.[29] Based essentially on the common law of England, it held, Canadian maritime law thus embraces certain principles originating in English maritime law which have been received in Canada law.

As maritime law has been defined by the Supreme Court as autonomous law, the concept of dissociation thus applies in that the application of this provision bars the supplementary application of the law of the provinces.

The reciprocal action of these two legal systems can thus manifest itself in various ways and it is in the interaction of their respective rules and principles, as it sometimes leads the legislator or the interpreter of the act to proceed with the harmonization or necessary coordination of their relations, that the most interesting phenomena are discerned.

The realization of the Complementarity relationship

The process of harmonizing federal statutes with the new terminology and concepts of the recent *Civil Code of Quebec* and bijural and bilingual legislative drafting techniques put into place with respect to the Harmonization Project of the Department of Justice Canada validate precisely these relationships of complementarity, while at the same time respecting the just discussed notion of dissociation. The experiment in this field is unique to Canada and, as Senator Gérald-A. Beaudoin[30] said during the debate on Bill S-22, *A First Bill to harmonize the federal law with the civil law,* tabled in the Senate on May 11, 2000, "gives us weight on the international scene".

This experience has quite naturally resulted in a certain number of neologisms and new concepts and in the development of new research and harmonization techniques. The Civil Code

---

29 *International Terminal Operators Ltd.* v. *Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at pp. 774-779. In this judgment, the point for determination was whether there was a body of federal law on which the Federal Court could decide a case involving the extracontractual civil liability of a stevadoring business. In excluding application of the rules stated in the *C.C.L.C.*, McIntyre J. held as follows at p. 779: "It is my view [...] that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada [...] Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any province of Canada." See on the subject G. Lefebvre, *L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec* (1997) 31 *R.J.T.* 577.

30 Debates of the Senate (Hansard) 2nd Sess., 36th Parl., Volume 138, Issue 58, (18 May 2000), online: Parliament of Canada, http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/chambus/senate/deb-e/58db_2000-05-18-e.asp.

Section has undertaken to systematize these harmonization techniques in view of the extensive methodological implications of the harmonization process.

- ***First methodological implication***

The first methodological implication derives from analysis of the interaction between federal statutes and the civil law. The singular nature of the harmonization approach stems from the nature of the ties that bind federal law to the civil law of Quebec.

Describing the successive stages of reasoning justifying a legislative amendment recommendation, the harmonization process makes it possible, based on a preferred ***characterization*** model, to identify provisions likely to be harmonized and to obtain the most appropriate harmonization solutions. In a given legal situation, the following questions will thus be asked:

1. What is the intention of the legislator that presided over the establishment of the federal standard?
2. What is the linguistic and conceptual vehicle?
3. Is it a civil law or common law situation and which of the four audiences—civil law Francophones, civil law Anglophones, common law Francophones, common law Anglophones—does it concern?
4. What solution is likely to result in a bijural situation?
5. Does the chosen solution result in a linguistic or conceptual change, or both?
6. What is the most effective methodological and drafting technique for meeting the objective?
7. Lastly, what is the impact of the amendments thus proposed?

In the context of the harmonization work under way at the Department of Justice Canada, a legal situation can be considered either unijural or semi-bijural.[31]

- ***Second methodological implication***

The second methodological implication follows from the first, and that is that rules must be established for legislative drafting and harmonization. Here follow some guidance for the drafting and interpretation of future statutes:

> Although both versions of a federal legislation are equally authoritative, it is important to ensure that the civil law and common law concepts used or eventually proposed are each given the meaning they have in the legal system in which they originate and which is in effect in the province in which the statute is applied. This is of course a laudable objective, but recommending and drafting amendments to given provisions is never an easy matter where complex questions must be resolved. Federal legislation must simultaneously address four audiences and be both bilingual and bijural.

---

[31] See L. Maguire Wellington, Bijuralism in Canada: Harmonization Methodology and Terminology, in *Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism: Second Publication*, Booklet 4 (Ottawa: Department of Justice Canada 2001).

The creation of new terms and the development of new research techniques is thus accompanied by new legislative drafting techniques or, it might also be said, harmonization methods such as the *double*, either *simple* or *paragraphed*, which consists in expressing, through different terms, the legal rule applicable to each legal system, or *neutral terminology*, that is employing neutral terms that have no connotation in either legal system.[32]

All these reflections on the forms of coexistence of the two legal traditions in Canada leads us to recognize that the interaction of two systems can influence the evolution of one or the other, and sometimes even both. Canada is not the only country in which these phenomena are found. Studies of Canadian bijuralism can be enhanced by consideration of legal systems elsewhere in the world. The United Kingdom, the United States, and Europe provide examples of other possible forms of interaction between these legal systems.

---

[32] Ibid.

PART III
FORMS OF COEXISTENCE OF THE TWO LEGAL SYSTEMS IN OTHER PARTS OF THE WORLD

There are many instances of bijuralism around the world. Nearly one hundred countries are governed by a combination of two or even more systems of law. Bijuralism is most often the result of the juxtaposition of a legal system—typically civil law or common law—with a pre-existing law such as customary law, Islamic law or Talmudic law. The combination of *civil law/common law* is much rarer and found in scarcely fifteen states. The examples which follow will deal with some of these.[33]

The United Kingdom[34] and laws applicable in Scotland

England and Scotland were autonomous kingdoms until James VI succeeded to the throne of England in 1603. Starting in that year, they shared the same head of state, but remained two separate kingdoms. Unification was achieved in 1707 by the *Union with Scotland Act* and the *Union with England Act*. The creation of the new kingdom, Great Britain, with its own Parliament, resulted in the disappearance of the English and Scottish kingdoms and their parliaments. Despite the Union, Scotland retained its private law and courts, but the House of Lords, consisting mainly of judges trained in the common law, became the court of highest jurisdiction in civil matters. The disappearance of Scotland's Parliament gave the British Parliament the power to amend Scottish private law, which power was to be exercised "for the evident utility of the subjects within Scotland".

The United Kingdom's legal system in this context is bijural: the English common law and the Scottish civil law coexist because *The Union Act* provided that Scotland would retain its private law.

In 1998, Parliament passed *The Scotland Act 1998*, which established a Scottish Parliament with jurisdiction in a number of matters.[35] The Scottish Parliament's jurisdiction is not exclusive. Other matters such as defence, social security, foreign policy, immigration and citizenship and unemployment are solely under the jurisdiction of the Parliament of the United Kingdom.

In Scotland, the laws may be of local origin (United Kingdom, Scotland) or supranational origin (Europe). Most of the laws that apply in Scotland are passed by the Parliament of the United Kingdom. Scottich statutes in effect include *The Union Act* (1707), Scottish statutes prior to Union and those passed by the Scottish Parliament since 1999.

The legislative process frequently accommodates the different legal traditions of England and Scotland by means of a number of methods:

- the use of a neutral legal vocabulary, one not based in either tradition (e.g., the expression "devolution by law" used in section 2 of the *Succession Duty Act* is a purely descriptive expression of the situation contemplated);
- the use of the Scottish legal term following a common law term (e.g., *Partnership Act, Bill of Exchange Act*);

---

33 The following examples were given to us by our colleague, M[e] Elise Charpentier, during her time at the Department of Justice.

34 Great Britain includes England, Wales and Scotland, whereas the United Kingdom refers to Great Britain and Northern Ireland.

35 For example, health, local communities, education, housing, transportation, sports, law and order, agriculture, fisheries and forests, the arts, etc.

- the adaptation of statutes by specific provisions such as section 7 of the *Damages Act 1996*: "In the application of this Act to Scotland 'personal injury' has the meaning given by subsection 10(1) of the *Damages (Scotland) Act 1976*" and section 17 of the *Defamation Act 1996*: "In this Act as it applies to proceedings in Scotland 'costs' means expenses; and 'plaintiff' and 'defendant' mean pursuer and defender."

What of the principle of complementarity in the United Kingdom? Although the courts acknowledge that the laws are intended to be applicable in two separate systems of law, they interpret the law on the basis of the meaning attributed to the legal terms in the tradition from which they originate. They then apply the statute analogously to the other tradition.[36] The interaction of the civil law and common law thus gives rise to the dissociation of these two systems rather than their complementarity.[37]

Thus it is said that the Scottish law is a civil law imbued with Roman law and the result of a lengthy evolution. Its principles have been drawn from numerous sources (canon law, *lex mercatoria*, allodial law, Celtic law and feudal law). Roman law has exercised a decisive influence comparable to that of English law. Following unification, a number of common law-based solutions were incorporated in Scottish law. Although the House of Lords did not deliberately anglicize Scottish law, its role in this regard cannot be underestimated: it at times applied English solutions to Scottish problems, thus disregarding the principles of that law. The sources of Scottish law are custom and usage, statutes, case law and doctrine. Certain doctrinal texts dating from the late XVIIth and XVIIIth Centuries are considered as formal sources of law and are the work of "institutional writers" (Stair, Erskin, Bell and Hume).

United States and laws applicable in Louisiana

The United States is a country with a federal constitution. The states have preserved their legislative powers, the American government enjoying only limited power, legislating only to the extent that the states have delegated that power to it. This is provided for by the Tenth amendment:

> The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.[38]

Each state has the power to establish the rules of private law that it deems appropriate, hence the plurality of legal systems which makes the United States a bijural country. The private law includes the civil law but not necessarily commercial law since Article I, Section 8 provides:

> The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States [...].[39]

Most states adopted the common law, but Louisiana preserved the civil law. From the time it was colonised, the territory that would later become Louisiana was subject to French law, namely the *Coutume de Paris*. In 1762, Spain acquired Louisiana and imposed its law in 1769. That left the greatest mark on Louisiana because, although Spain ceded the territory back to France in 1800,

---

36 *Income Tax Commissioners* v. *Pemsel*, (1891) A.C. 531.

37 However, the courts recognize the particular nature of Scottish law in determining the applicable rules of law. Thus it was held (*Levy* v. *Jackson*, (1903) 5 F. 1170) that an act drafted without reference to Scottish institutions, the terminology of which was English and which reflected only English procedure and English public officers did not apply to Scotland, despite the presumption that Scotland is subject to statutes containing no express limitation.

38 See http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/toc.html.

39 Ibid.

France allowed Spanish law to remain in effect. Similarly, upon the sale of Louisiana to the United States in 1803, Congress did not impose the common law on the territory, even though it had the power to do so at the time. Congress lost this power when Louisiana became a state in 1812.

At its inception, the state of Louisiana provided in its constitution that it would never be permitted to adopt unwritten law, thus excluding the common law.[40] This law was "codified" in 1808, although reference is usually made to the Civil Code of 1825, since many additions and amendments were made to the Code at that time.[41] The Civil Code was revised in 1870 and 1987.[42]

Does the principle of complementarity exist in the United States? The American legal system consists of courts that apply federal law and other courts under the jurisdiction of each of the states that apply state law.[43] Except in constitutional matters, cases may be brought before a federal court or a state jurisdiction. Among other things, the system is intended to ensure standard administration and interpretation of federal law throughout the land.

When the federal courts are called upon to interpret a state statute, and a question pertaining to a state law arises in a matter of federal law, they must adopt the interpretation of the courts of that state.[44] This is what the U.S. Supreme Court held in *Erie Railroad Co.* v. *Tompkins*:[45]

> Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a state whether they be local in their nature or "general", be they commercial law or a part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts.

A federal statute may moreover contain provisions contrary to the private law of the state, whereas the federal law applies as though the state law did not exist.[46] As a result it was held that a retirement pension paid to a soldier was not part of the community of property, contrary to the prescriptions of Louisiana law.[47]

Europe and the autonomy of European law

In 1951, the treaty of the European Coal and Steel Community (ECSC)[48] laid the groundwork for a new Europe by creating a "High Authority", a Parliamentary Assembly, a Council of Ministers, a Court of Justice and an Advisory Committee. It was followed by the treaty of the European

---

40 See inter alia A.A. Levasseur, "La réception du système de la common law par le système législatif français en Louisiane", *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin. Textes présentés au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Doucet, M. and Vanderlinden, J., Ed., Bruxelles, Bruylant, 1994, 381; id., "Le bijuridisme dans un système fédéral ou d'autonomie locale — États-Unis", Contemporary Law, National Reports to the 1990 International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990; R.A. Pascal, note 41.

41 These amendments, among others, were necessary in order to facilitate the work of jurists who always had to consult Spanish law since the text of 1808 had not had the effect of repealing it. See R.A. Pascal, "Louisiana's Mixed Legal System", (1984) 15 R.G.D. 341, p. 342.

42 See N. Yiannopoulos, "The Civil Codes of Louisiana", *Louisiana Civil Code 1993*, St. Paul, Minn., Wets Pub. Co., 1993.

43 However certain matters are under the exclusive jurisdiction of the federal courts. See A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, 2nd ed. (Paris: Dalloz, 1994) at 30-36.

44 Ibid., p. 36, A.R. von Mehren, *Law in the United States, A General and Comparative View* (New York: Kluwer, 1988) at 39ff.

45 304 U.S. 64 (S.Ct., 1937).

46 See R.A. Pascal, *supra*, note 41, pp. 345 ff.

47 *Dedon* v. *Dedon*, 404 So. 2d 904 (1981), cited by R.A. Pascal, *supra*, note 41, p. 346 (note 33).

48 Entered into effect on July 25, 1952.

Economic Community (EEC),[49] which provided *inter alia* for the elimination of customs duties between member states, the establishment of a common external customs tariff, introduction of a common agriculture and transportation policy, creation of a European Social Fund, institution of a European Investment Bank and development of closer relations between member states. The guiding principles of the EEC treaty provided the framework for the legislative activity of the Community's institutions—common agricultural policy,[50] transportation policy[51] and common trade policy[52]. The main objectives of the common market are to permit the free movement of goods, workers, businesses, services and capital.

In 1986, the European countries entered into a new treaty, the *Single European Act* (SEA),[53] the main objectives of which are to enhance the role of Europe's Parliament to correct the democratic deficit in the community's decision-making system and to enhance the Council's decision-making ability. To do so, decision-making procedures were expedited and European institutions were granted new powers in areas such as domestic markets, social policy, economic and social cohesion, research and technological development and the environment. One of Europe's main new projects, described in Title VI of the *Maastricht Treaty* of 1992, is the construction of an "Area of freedom, security and justice". Title IV of the *Amsterdam Treaty* of 1997 gave concrete form to this domain by setting out new legislative options. Common security and police and judicial cooperation remain under the Union's jurisdiction,[54] while questions of justice and internal affairs[55] are under that of the European communities.[56]

The European Community is in the process of shaping a common law in which English common law and French-style civil law play an important role. In the economic field, the European Community is establishing itself as a source of specific, autonomous law with a hierarchy of its texts (regulations, directives, recommendations, notices and communications) and particularly with the role of the Court of Justice of the Communities whose well-settled case law affirms the primacy of Community law over national laws. The Community strives moreover to create favourable conditions for the integrated development, through *harmonization*[57] of national legislation or by creation of a community law. Harmonization is done on the basis of directives which establish the standards which member states must incorporate in their national law. The directives may concern a host of subjects, in particular agriculture, transportation, internal trade and consumer protection. The

---

49 Signed on March 25, 1957, entered into effect on January 1, 1958.

50 Ss. 38-43.

51 Ss. 74-75.

52 Ss. 110-113.

53 Signed on February 17, entered into effect on July 1, 1987.

54 See articles 11 to 45 of the Treaty of the Union.

55 That is to say asylum, immigration, visas and judicial cooperation in civil matters.

56 See ss. 61-69, *Treaty Establishing the European Communities* (former articles 73 I-73 Q, *EC Treaty*). Since May 1999, three initiatives have already been completed: *Regulation on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters; Regulation on insolvency proceedings; Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses* (Brussels II).

57 As the presentations made at the *Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade* conference in Ottawa in October 2000 will attest, we should note that the term "harmonization" is used in the European experience to describe a very different situation from that addressed by the harmonization work under way at the Department of Justice. The drafters of European law have a more marked preference for neutrality and even the creation of new terms which have gained the approval of various legal stakeholders. The results of the harmonization work done at the Department suggest a greater likelihood of *cohabitation* (Marie-Claude Gervais, Moncton article) of the two traditions in a given provision through use of the double and territorial limitation.

creation of a community law directly applicable in the member states is being effected by the adoption of regulations.[58]

The main object of the harmonization of national legislation is not private law but rather standards specific to the free movement of goods, services, people and capital (i.e., standards for product manufacturing, packaging, transportation, service standards and tariff deregulation). The Community law thus has a much greater impact in the field on regulatory or administrative law. However, private law may be directly concerned. In other cases, it is simply drawn on for the implementation of regulations or directives, as is the case in the field of transportation with respect to the application of the principles of civil liability to accidents.

European standards do not emanate from a state body but rather from an organization both supra-governmental and intergovernmental. The division of powers among the member states and the community is governed by the principle of subsidiarity. This principle implies that the member states retain their power in fields where they are more effective, and the powers they cannot satisfactorily exercise fall to the Community.

In comparing the European situation to that prevailing in Canada, it must first be emphasized that the nature of standards is quite different. However, regulations may be likened to federal statutes in that they are directly applicable in each of the countries. Unlike the statutes of the Canadian provinces, the legislative, regulatory and administrative provisions of the member states are lawful only to the extent the regulations provide or that is required for their effective application. In addition, the implementation measures taken by member states cannot in any case alter or supplement the scope and useful effect of a regulation.[59]

General Conclusion

What happens when a Federal legislator, working in his field of competence, calls into play private law that is within the provincial sphere in virtue of subsection 92(13) of the *Constitution Act of 1867?* We know that the domains of marriage and divorce, bankruptcy and insolvency, and intellectual property are obvious examples. Moreover, in many laws that pertain principally to public law matters we find the presence of dispositions that call for private law concepts that regulate privates law relationships. In fact, more that 300 (three hundred) federal laws in effect contain clauses that relate to provincial competency in private law. Even though Parliament is not legally required to express itself in a bijural fashion, these laws must integrate, in their two linguistic versions, the civil law of Quebec and the common law of the other provinces. The Honourable Justice Viau has stated that this is how Canadian courts conceive of and interpret them. The task become more difficult, he also states, when, the Federal legislator uses vague terms instead of the more precise ones of the Civil Code or when it gives priority to the common law in both linguistic versions. He justly cites Professor Morel:

---

[58] *Council Regulation (EEC) No. 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG)*, for example, affords the corporations of the member state the opportunity to cooperate in a common purpose with corporations or individuals of other member states.

[59] See *EC Treaty*, art. 10(5).

> [translation] "This clearly happens when federal legal rules are phrased exclusively in common law terms, or where they reflect notions particular to the common law, making reconciliation with the civil law system difficult. It also occurs when a statute artificially equates civil law concepts with common law concepts through definitions or interpretative provisions."[60] We know to what point the situation has become more complicated since the coming into effect, in 1994, of the *Civil Code of Quebec*, which made substantial changes to certain concepts, ideas, and institutions.

Because of this interaction of rules originating from different sources which is a phenomenon which cannot be separated from Canadian law, the department of Justice Canada adopted the *Policy on Legislative Bijuralism*, implemented a Program *to Harmonize Federal Legislation with the Civil Law of Quebec,* and established a *Committee on Bilingualism and Bijuralism*

However, the harmonization of federal legislation with Quebec civil law has long been an issue because, prior to the 1970s, federal statutes and regulations were essentially based on common law. They were drafted in English and translated into French by translators who had no particular legal background. As the Department did not have the French common law and English civil law resources it currently has, the requirements of bilingualism were met, but those of bijuralism had yet to be clarified. Since 1978, federal bills and regulations have been drafted by teams of two jurists, one Anglophone (usually a common law lawyer), the other Francophone (most often a civil law lawyer).

The comments made during the consultation conducted by the Department between 1988 and 1991 on the French version of federal legislation helped gain an understanding of how important it is that both versions faithfully reflect Canada's two legal systems. Many Francophones outside Quebec and Quebec Anglophones have lamented the fact that the French version of federal legislation is too heavily based on the civil law and the English version too dependent on the common law.

In harmonizing federal legislation in light of the *Civil Code of Quebec*, the Department of Justice also noted that a harmonization of federal legislation was necessary, not only with just the new features of the Civil Code, but also with the Quebec Civil Code as a whole.

It is difficult enough to draft legislation in two official versions in a country that has only one legal system. But responding to the imperatives of institutional bilingualism and drafting bilingual legislation in a bijural context constitutes a real challenge. In fact, adds the Honourable Justice Viau, it is easier,

> [translation] "to discuss these questions in the abstract than it is to draft laws that exactly respect stated principles. The ideal system would have been to adopt not less than four official versions: a civil law version in French and in English, and two others based on common law. The cost would be prohibitive, given the number of laws affected."[61]

It is in this context that in June 1995, the Department of Justice adopted a policy on legislative bijuralism in which it undertakes, whenever a federal bill or regulation concerns provincial or territorial private law, to draft each of the two versions of that legislation in a way that reflects the terminology, concepts and institutions specific to the two Canadian systems of private law.

---

60 P. Viau, *supra* note 3, at 144, which cites A. Morel, "Harmonizing Federal Legislation with the *Civil Code of Quebec*: Why? and Wherefore?" in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism—Collection of Studies* (Ottawa: Department of Justice Canada, 1999) at 15.

61 P. Viau, *supra* note 3, at 145.

The *Policy on Legislative Bijuralism*[62] thus acknowledges that the four Canadian audiences—common law Anglophones, civil law Anglophones, common law Francophones and civil law Francophones—must be able to read federal legislation in the official language of their choice and find its terminology and phrasing consistent with the legal system in effect in their province or territory.

The Department of Justice Canada is thus an organization that believes in bijuralism and its advantages, as attested to by its modernization work. The putting into effect of bijuralism by the Department of Canadian Bijuralism has no counterpart or precedent in the world, linked as it is to Canadian legal history.

By lending strength and substance to bijuralism, the Department better reflects Canadian reality and ensures that Canada continuously develops its legal system both on a national level and as regards the challenges of globalization. Other countries, by virtue of their internal structure or commercial necessity, face similar challenges. This article has dealt briefly with these.

The diversification and complexity of legal instruments has placed the law in a new dynamic that is not unfamiliar to these countries, especially Canada with its history of the coexistence of two legal systems. The mandates given to our Department on the national and international level attest to this, as do the steps undertaken by the Department to promote Canadian bijuralism with the Department's partners.

The comparative analysis of common law and civil law that is necessary as a result allows one to identify each system's values and limitations. The analysis also contributes to an improvement and a rationalization of the law in Canada and elsewhere in the world. Finally, it also contributes to a questioning of our methods of legal interpretation and of the underlying values in the development of our legal norms. In other words, the coexistence of legal systems and their practical realization leads to other, even more remarkable discussions.

---

[62] L. Maguire Wellington, *supra* note 31, in appendix 3.

AU SERVICE DES CANADIENS

FASCICULE 2

LE BIJURIDISME AU CANADA ET DANS LE MONDE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS

L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien

Deuxième publication

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Canada

LE BIJURIDISME AU CANADA ET DANS LE MONDE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS

Marie-Claude Gervais et Marie-France Séguin

Données de catalogage avant publication de la Bibliothèque nationale du Canada

Vedette principale au titre :

L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.

Texte en anglais et en français disposé tête-bêche.
Titre de la p. de t. addit. : The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism. Second publication.
Comprend des références bibliographiques.
Publ. aussi sur l'Internet et sur CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Droit civil — Québec (Province)
3. Droit international privé — Juridiction — Canada.
4. Droit comparé.
I. Canada. Ministère de la Justice.

KE432.H37 2001 342.71'042 C2001-980147-5F

Publié en vertu de l'autorisation de la ministre de la Justice et procureure générale du Canada

© Ministre de la Justice et procureure générale du Canada 2001

Imprimé au Canada

CAT : J2-176/2-2001
ISBN : 0-662-65724-1
TE : The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.
STE : Some thoughts on bijuralism in Canada and the world.
TF : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien.
STF : Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale 1

PARTIE I — Particularités des deux traditions juridiques et éléments de contexte 3

Repères historiques 3

Particularités des deux traditions juridiques 4

- *La tradition de droit civil* 4
- *La tradition de common law* 5

Qualification des deux traditions juridiques : le droit privé et le droit commun au Canada 6

PARTIE II — Formes de la cœxistence des deux traditions juridiques au Canada 7

L'influence au moyen de l'interprétation ou de l'intégration 7

L'interaction entre les deux traditions juridiques : le rapport de complémentarité et son exception, la dissociation 9

L'actualisation des rapports de complémentarité 12

- *Une première implication méthodologique* 12
- *Une seconde implication méthodologique* 13

PARTIE III — Formes de la cœxistence des deux traditions juridiques ailleurs dans le monde 14

Royaume-Uni et lois applicables en Écosse 14

États-Unis et lois applicables en Louisiane 15

Europe et autonomie du droit européen 17

Conclusion générale 19

LE BIJURIDISME AU CANADA ET DANS LE MONDE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS

Par Marie-Claude Gervais,
conseillère juridique,
Bureau de la Francophonie,
Secteur du droit civil et
de la gestion ministérielle,
ministère de la Justice du Canada

Par Marie-France Séguin,
conseillère spéciale — droit civil,
Bureau du sous-ministre délégué,
Secteur du droit civil et
de la gestion ministérielle,
ministère de la Justice du Canada

Introduction générale

Une société produit des discours et elle les met en scène. Elle apprend ainsi à se connaître et à évoluer. Elle se sémiotise[1]. Le droit y joue un rôle et ce rôle se définit par sa relation à des modes de raisonnement et de régulation, par son identification à des valeurs qui en assure la cohérence.

La saisie du juridique à travers les modes de légifération intéresse certes plus d'une discipline. La saisie du plurijuridisme au sein d'une même collectivité pose quant à elle des défis plus grands, encore tant les différentes traditions juridiques qui cœxistent ont leur identité propre. Mais la représentation linéaire que nous serions tentés de donner au mode de développement des traditions juridiques peut être dans ce contexte commode, mais inexacte. Trop de rencontres conceptuelles et fortuites ont façonné l'histoire de ces traditions pour que l'on ignore ce qui les apparente et ce qui les lie. Cela intéressera bien davantage les sociologues et les historiens du droit. Nous ne sommes ni les uns ni les autres. Nous ne nous intéressons pas tant aux actants du droit non plus qu'aux représentations socio-juridiques mais aux relations signifiantes entre les discours différents du droit, voire entre les traditions juridiques. Ce sont les zones de superposition, les zones d'appropriation, les zones de complémentarité qui nous conduisent à penser le bijuridisme en son lieu propre pour qui la mondialisation nous oblige, aujourd'hui, à consacrer des espaces multidimensionnels et des ères communes, des champs de cohabitation ou d'assimilation conceptuelle.

---

[1] Nous nous autorisons ce néologisme lié à la sémiotique.

Le bijuridisme désigne, dit-on, la cœxistence, au sein d'un même État, de deux traditions juridiques. La common law et le droit civil y cœxistant, dans les deux langues officielles, on dit du Canada qu'il est un pays bijuridique.[2]

Bien que de nombreux pays sont eux aussi régis par une combinaison de plusieurs systèmes de droit, la combinaison *droit civil/common law* est beaucoup plus rare; on la trouve dans à peine une quinzaine d'États. Selon les pays, le bijuridisme prend différents visages.

Dans une présentation intitulée *Le bijuridisme au Canada*, l'honorable Michel Bastarache, juge à la Cour suprême du Canada, soulignait en effet qu'« il y a relativement peu de pays où cœxistent deux régimes juridiques fondamentalement différents. Le Canada est l'un de ces pays. Le « bijuridisme » ou « *bijuralism* » au Canada désigne la cœxistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français, dans un pays possédant un système fédéral ».[3]

Le texte qui suit souhaite dégager un lieu de signification destiné à une meilleure compréhension de la nature des liens qui unissent deux des grandes traditions juridiques contemporaines.

En cela, le but de notre communication est d'exposer les différentes formes que revêt la cœxistence des deux traditions juridiques au Canada et sans exhaustivité, ailleurs dans le monde, en faisant référence notamment à l'entreprise d'harmonisation mise en œuvre par le ministère de la Justice du Canada, soucieux de développer et de partager cette expertise en devenir.

---

2 En référant le bijuridisme à la cœxistence de deux systèmes de droit, nous en limitons le cadre aux grands systèmes de droit contemporains. Certains auteurs, soucieux d'une description plus juste du paysage juridique, affirment qu'il faudrait plutôt employer le terme « pluriuridisme » ou encore l'expression « pluralisme juridique » pour décrire la situation canadienne, afin de rendre compte des droits autochtones et des particularités propres à chaque province de common law (voir, entre autres, J.E.C. Brierley, « Bijuridism in Canada », *Droit contemporain, Rapport national — Canada, XIIe Congrès international de droit comparé (Montréal, 1990)*, Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 22, note 9 à la p. 25).

3 Allocution prononcée lors d'un déjeuner-causerie sur le bijuridisme et le pouvoir judiciaire, ministère de la Justice, Ottawa, le 4 février 2000.

PARTIE I

PARTICULARITÉS DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES ET ÉLÉMENTS DE CONTEXTE

Repères historiques

L'on se rappellera la boutade de George Bernard Shaw, « England and America are two countries separated by the same language ». Que dire alors, questionne à juste titre l'honorable Pierre Viau, juge à la Cour supérieure du Québec, de notre situation au Canada et plus particulièrement au Québec, où, dans le cadre d'une audition, on passe volontiers d'une langue à l'autre, du droit public au droit privé, de la législation québécoise à la législation fédérale, du droit civil à la common law[4].

Le Canada est un pays bijuridique puisqu'il applique deux droits communs en matière privée : la common law et le droit civil. L'existence de deux droits communs s'explique par l'histoire, par la colonisation de l'Amérique par les Anglais et les Français.[5] La colonie a d'abord été soumise au droit français puis, avec la victoire des Britanniques, à la common law.[6] Le maintien de la dualité juridique au Canada résulte des rapports de complémentarité historiques que la common law et le droit civil ont entretenus et qui ont été consacrés par l'*Acte de Québec de 1774*[7] et, plus tard, par le partage des compétences législatives prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*[8].

L'*Acte de Québec*[9] précise en effet que le droit français s'applique aux questions relatives à la propriété et aux droits civils et le droit anglais à celles touchant le droit public et criminel. L'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*[10] partage les compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les législatures des provinces. Le paragraphe 92(13) a permis le maintien de la dualité juridique nationale puisqu'il prévoit que la propriété et les droits civils relèvent de la compétence provinciale.[11] Le Québec a ainsi pu conserver son droit civil et les autres provinces, la common law.

En conférant aux provinces une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils, le paragraphe 92(13) est à l'origine de la complémentarité du droit fédéral et du droit privé provincial. En effet, seules les normes adoptées en conséquence par les législatures provinciales peuvent compléter les textes fédéraux silencieux sur un aspect qui relève de la propriété et des droits civils et qui s'avère essentiel à leur application.[12] Plusieurs matières ayant une portée en droit privé ont

---

4 P. Viau, « Quelques considérations sur la langue, le droit, le bilinguisme et le bijuridisme au Canada », dans E. Gayme, *Langue et Droit*, XV[e] Congrès international de droit comparé, Bristol 1998, Collection des rapports, Bruxelles, Bruylant, 1999, aux pp.142-143.

5 À ce sujet, voir, J.E.C. Brierley, « Bijuridism in Canada », *Droit contemporain, Rapport national — Canada, XIII[e] Congrès International de droit comparé (Montréal, 1990)*, Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 22, à la p. 23 et s.

6 Par la proclamation royale du Traité de Paris, le Roi d'Angleterre prescrivit la formation « des cours de judicature et de justice publique pour entendre [...] toutes causes [...] conformément aux lois d'Angleterre ».

7 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

8 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

9 Le titre officiel de ce texte est : *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America.*

10 *Supra* note 8 (depuis 1982, « Loi du Canada »).

11 L'expression « propriété et droits civils » a été interprétée comme comprenant généralement les rapports dans la société civile, dont ceux relatifs à la propriété et au contrat.

12 Cette règle souffre néanmoins une exception notable. En vertu de la théorie générale du partage des compétences, le droit privé provincial ne pourra trouver application à titre supplétif afin de pallier le défaut, par le Parlement, d'exercer sa compétence principale sur une matière (*Union Colliery* c. *Bryden*, [1899] A.C. 580 à la p. 588, traduction de F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 282).

été confiées à la juridiction fédérale, telles les lettres de change, la faillite, le mariage et le divorce.[13] Les lois fédérales portant exclusivement sur des questions relevant du droit privé sont peu nombreuses.[14] Toutefois, plusieurs lois interagissent avec le droit privé provincial, qui dans le cas du Québec, est le droit civil.

Cependant, cet heureux partage devient parfois moins heureux lorsqu'on imagine mettre l'un à côté de l'autre le droit public et le droit privé dans une même loi, voire la common law retenue par le législateur fédéral et le droit civil du Québec. Nous n'ignorons pas que la rédaction législative dans ces champs obéit à des fondements différents. D'ailleurs, affirme l'honorable Juge Viau, « Deux langues, c'est d'abord deux styles, en matière de rédaction du moins. Et ailleurs aussi. Lois françaises et lois anglaises sont conçues différemment. Les mêmes idées ne se dissimulent pas de la même façon derrière des mots dont le sens et la portée sont parfois difficiles à cerner. » À cet égard, il cite Louis-Philippe Pigeon, plus tard juge à la Cour suprême du Canada, lequel illustrait particulièrement bien cette situation : « Le style législatif anglais subordonne toute autre considération à la recherche de la précision. On s'efforce de tout dire, de tout définir, de ne rien sous-entendre, de ne jamais présumer de l'intelligence du lecteur. Par conséquent, on commence, en formulant une règle, par faire la réserve de toutes les exceptions [...] Dans le style français, qui tend malheureusement à disparaître en France parce que l'on y légifère beaucoup plus par décret-loi que par loi, la recherche de la concision revêt une importance primordiale. On s'attache à rechercher le mot précis, à formuler une règle générale au lieu d'énoncer de multiples applications. »[15] Donnons donc alors un peu plus de détails sur ces deux traditions juridiques.

Particularités des deux traditions juridiques

- ***La tradition de droit civil***

Le droit civil est souvent défini comme un droit qui trouve sa source, son inspiration en droit romain mais cette définition ne révèle qu'une partie de l'essence du droit civil. Les pays civilistes comptent certes, pour la plupart, des règles dont les origines peuvent être retracées jusqu'au droit romain, mais ils possèdent généralement aussi des règles d'origine canonique ou coutumière. Ce qui caractérise le droit civil, c'est peut-être plus justement son « style »,[16] voire « une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer la règle de droit et qui transcende les politiques législatives mouvantes selon les époques de l'histoire d'un peuple ».[17]

Ce style a su conquérir l'Amérique, en passant par le Québec, la Louisiane et plusieurs pays d'Amérique du Sud. L'héritage français demeure en effet bien vivant et les formes particulières qu'il prend contribuent à enrichir l'ensemble des pays partageant cette culture juridique. Ainsi, tout en demeurant résolument civiliste dans sa forme, le droit privé québécois se distingue du droit français et comporte des règles originales, parfois inspirées du droit anglais. Le droit civil désigne l'ensemble des règles fondamentales du droit privé — les principes généraux du droit, les règles concernant le statut des personnes et de la famille, le régime des biens et la théorie des obligations —, qui en

---

13 Le partage des compétences a, par ailleurs, confirmé le rôle de la common law en droit public et criminel.

14 Par exemple, *Loi sur le divorce*, *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*.

15 P. Viau *supra* note 4 cite L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Gouvernement du Québec, 1965, pp. 5-6.

16 Voir R. David cité par P.-A. Crépeau, « Préface », dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXIX.

17 *Ibid.*

constituent le droit commun. Au Québec, c'est principalement dans le Code civil que ces règles fondamentales sont énoncées, tel qu'en témoigne la Disposition préliminaire du Code :

Disposition préliminaire

> Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

- ***La tradition de common law***

À compter de la conquête de l'Angleterre par les Normands (1066), la common law a été progressivement élaborée par les Cours royales qui cherchaient à uniformiser le droit, à l'encontre des coutumes locales, sur la base d'une coutume générale — et fictive — applicable dans l'ensemble du royaume. Œuvre des juges, la common law est donc un droit qui prend sa source dans l'activité des tribunaux. Les règles élaborées par les tribunaux ne constituent pas nécessairement des règles de common law au sens strict car seules les règles admises et appliquées par les Cours royales de Westminster établissent la common law. La Cour de la Chancellerie a toutefois, dès le XV^{e} siècle, enrichi le droit anglais de règles d'*equity*.

La dualité de juridiction a été abolie, en Angleterre, par les *Judicature Acts* de 1873-1875; une nouvelle juridiction alors créée, la *High Court of Justice*, comprenait trois *Divisions*, le *Queen's Bench* (*Common law*), la *Chancery* (*Equity*) et le *Probate* (anciennement *Probate, Divorce* et *Admiralty*). Dans les provinces canadiennes de common law, ces *Divisions* équivalentes ont été progressivement intégrées dans un système judiciaire unifié et, bien que la fusion des juridictions ait été opérée, les deux systèmes de règles sont demeurés distincts; même si toutes les cours peuvent appliquer tant les règles de common law que celles d'*equity*, on oppose, encore aujourd'hui, les *equitable remedies* (p. ex., le droit à l'injonction) et les *common law remedies* (p. ex., le droit à des dommages-intérêts). On reconnaît, toutefois, qu'en cas de conflit entre les règles de common law et celles d'*equity*, ces dernières doivent prévaloir.

L'on notera aussi que la common law et l'*equity* sont parfois désignées sous le nom générique de common law. En ce sens, la common law peut être entendue comme le droit non écrit, de source jurisprudentielle, par opposition aux règles de la *statute law*, découlant de sources législatives, applicables en l'absence de dispositions législatives pertinentes. « La règle de l'interprétation stricte des lois dérogatoires au droit commun renvoie à l'opposition *common law* et *statute law*. Historiquement, la *common law* a été le droit commun et la *statute law*, le droit d'exception [...] ».[18]

Enfin, la common law se distingue-t-elle par sa méthode et son type de raisonnement inductif, qui consistent à généraliser à partir de précédents en observant les analogies; le droit civil se

---

[18] P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^{e} éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, à la p. 644.

caractérise, quant à lui, par sa méthode déductive, empreinte d'un haut degré d'abstraction et de généralisation[19] : la méthode du droit civil est rationnelle, celle de la common law est empirique.

Qualification des deux traditions juridiques : le droit privé et le droit commun au Canada

Au Canada, la distinction entre le droit privé et le droit public permet notamment de déterminer le droit commun applicable à un rapport juridique : la common law en droit public, le droit civil en droit privé québécois et la common law en droit privé ailleurs au pays. En raison du partage des compétences législatives, le bijuridisme canadien a une présence significative lorsque l'application d'une loi fédérale de common law nécessite le recours au droit privé.

Dans ce contexte, le droit privé provincial s'applique « à titre supplétif de toute disposition législative fédérale portant sur une question de droit privé pour la compléter [...] ».[20] Bien que la notion de droit privé désigne traditionnellement l'ensemble des règles de droit applicables aux rapports des particuliers entre eux, ces règles ont parfois un impact lorsqu'il s'agit d'élaborer, d'interpréter ou d'appliquer des règles qui ne sont pas, de prime abord, relatives aux rapports des particuliers entre eux.

Enfin, on entend par droit commun, le droit applicable, à défaut de règles particulières : il est constitué de règles trouvant application lorsqu'on n'y a pas fait échec et surtout, il fournit « à l'interprète des ressources conceptuelles pour appliquer les lois particulières. »[21] On utilise parfois l'expression *droit supplétif* pour décrire le droit commun mais, « le droit commun ne s'ajoute pas aux règles d'exception, il les supporte ».[22]

---

19 Voir R. David, René, *Le droit anglais*, Paris, Presses universitaires de France, 1975; J.E.C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, London, Stevens, 1985; A.R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Press Edition, 1966; M. Bastarache, « Les défis nouveaux du bijuridisme », (1998) 29 R.G.D. 241, à la p. 243; M. Dion, « Le bijuridisme canadien : perspective du ministère de la Justice », (1998) 29 R.G.D. 253, aux pp. 254 et s.

20 J.M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 213, à la p. 231.

21 J.M. Brisson, « Le Code civil, droit commun? », Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron — 1992, Montréal, Thémis, 1993, 292, à la p. 296

22 *Dictionnaire de droit privé*, 3e éd., à paraître, sous « droit commun ».

PARTIE II

FORMES DE LA CŒXISTENCE DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES AU CANADA

La compréhension du bijuridisme appelle l'analyse d'une notion incontournable, la notion de droit mixte. Cette notion ne soulève pas *a priori* de difficultés : elle désigne un droit dont les institutions émanent de systèmes juridiques différents et résultent de l'application cumulative ou de l'interaction de techniques qui appartiennent à ces systèmes.

Les notions de « bijuridisme » et de « droit mixte » ne décrivent pas les mêmes aspects de la réalité. Deux systèmes de droit peuvent en effet cœxister au sein d'un même État sans qu'ils interagissent, auquel cas un tel État peut être qualifié de « bijuridique », mais ne connaît pas de droit mixte. On dit du Canada, par exemple, qu'il est un pays bijuridique, parce que le droit civil est le droit commun du Québec et la common law, celui du reste du Canada. Le droit fédéral est en revanche un droit mixte puisque son élaboration, son interprétation et son application tiennent compte du droit commun propre à chaque province.

Certains auteurs nous enseignent que l'action réciproque de deux systèmes juridiques en présence peut se manifester de diverses manières, notamment :

1. par l'*application cumulative* à une même institution de règles émanant de l'un et l'autre de ces systèmes — les règles de fond appartenant à un système et les règles de forme appartenant à l'autre système, par exemple;

2. par une *interaction* de leurs règles respectives, telle qu'elle amène le législateur ou l'interprète de la loi à procéder à l'harmonisation ou à la nécessaire coordination des rapports entre les deux systèmes juridiques.

Les règles, notions ou institutions d'un des systèmes peuvent *influencer* de manière implicite ou explicite, la rédaction, l'interprétation et l'application des règles, notions et institutions de l'autre système. Il arrive même parfois que les règles, notions ou institutions d'un des systèmes puissent *intégrer*, avec les modifications qui s'imposent parfois, l'autre système. Les règles, les notions et les institutions des deux systèmes peuvent en outre *interagir* entre elles.

Ainsi, dira-t-on par conséquent, que l'évolution des systèmes de droit qui cœxistent peut être caractérisée par des rapports d'influence, d'intégration et d'interaction. Au Canada, la cœxistence des deux traditions juridiques revêt, sur le plan national, ces formes, tantôt, l'une et l'autre s'influencent, tantôt l'une et l'autre interagissent.

La partie qui suit traite des rapports d'*interaction*, lesquels sont proprement désignés au Canada comme étant des rapports de *complémentarité*. Mais avant, qu'en est-il des rapports d'influence?

L'influence au moyen de l'interprétation ou de l'intégration

Le droit civil et la common law sont-ils aussi dissemblables que l'on est porté à le croire? Certains auteurs affirment que bon nombre de différences entre les systèmes de droit civil et de

common law sont *plus apparentes que réelles*[23] : elles résulteraient bien plus, selon eux, de la manière et de l'ordre de présentation des règles que de leur contenu et les quelques différences de fond s'expliqueraient surtout par des *accidents historiques*[24].

Les convergences de la société occidentale transcendent aujourd'hui largement les systèmes nationaux que le droit comparé a peut-être parfois exagérément opposés. En fait, les ressemblances entre le droit civil et la common law seraient beaucoup plus importantes que les différences techniques.

Ces ressemblances sont souvent le fait des influences qu'elles ont exercées l'une sur l'autre à travers les temps : le droit civil québécois, par exemple, est certes à l'image fidèle du droit français, mais ce dernier est lui-même en communion philosophique avec le droit anglais.

Aussi, la common law joue-t-elle un très grand rôle en droit privé québécois, tant au niveau de la forme que du fond. Au niveau de la forme qui est donnée aux jugements par exemple, la parenté avec la common law est en effet très grande. La jurisprudence illustre bien la mixité du droit québécois : le juge québécois étant un civiliste, sa mission ne consiste pas à reformuler une règle établie par un tribunal en fonction des faits qui lui sont soumis. À l'instar du juge français, il applique une règle abstraite à des faits particuliers. Contrairement au juge français, le juge québécois, comme le juge de common law, décrit son raisonnement. Il procède généralement à une analyse détaillée de la règle, des jugements qui l'ont déjà appliquée et des enseignements doctrinaux dont elle a fait l'objet, pour ensuite exposer les motifs qui l'amènent à l'appliquer aux faits lui étant soumis.

Quant au fond, l'influence de la common law se manifeste sous deux aspects importants : l'interprétation du *Code civil du Québec* et la réforme du droit.

Au lendemain de l'adoption du *Code civil du Bas Canada*, plusieurs juges ont eu recours aux règles de common law en tant qu'instrument d'interprétation. L'application de la common law n'était pas alors limitée aux règles inspirées du droit anglais. Sa démarche ne s'inspirait pas d'une méthode de droit comparé ayant pour fin de trouver la solution la mieux adaptée à la situation : elle avait pour but d'interpréter les règles de droit civil de manière à ce que celles-ci mènent à des solutions identiques aux règles de common law.

Aujourd'hui, alors que le droit civil québécois a pleine autonomie, les juges s'assurent du respect de la spécificité des deux systèmes, sans pour autant se priver de la richesse des enseignements qu'offre l'analyse comparative du droit. La Cour suprême du Canada adopte en effet souvent une méthode comparative, qui l'amène parfois à s'inspirer du droit civil dans un contexte de common law.

La common law, ou plus précisément le droit statutaire existant dans les juridictions de common law, dont les États-Unis et les autres provinces canadiennes, exerce à son tour une influence en droit québécois. Le législateur s'en est inspiré lorsqu'il s'est proposé de réformer le droit : ainsi, a-t-on adopté, au début des années soixante, une loi modifiant le Code civil, la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, qui trouve sa source dans une loi ontarienne, *The Unconscionable Transactions Relief Act*. De même, la

---

[23] J. A. Clarence Smith et Jean Kerby, *Le droit privé au Canada*, Études comparatives, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1987, à la p. 12 et s.

[24] *Ibid.*

réforme du droit des assurances et l'élaboration des règles relatives au patrimoine familial font suite à des études portant, entre autres, sur le droit des autres provinces canadiennes.

L'interaction entre les deux traditions juridiques : le rapport de complémentarité et son exception, la dissociation

À côté des influences qu'exercent l'un sur l'autre les systèmes juridiques, l'action réciproque de ces systèmes en présence peut également se manifester par une interaction de leurs règles ou de leurs principes respectifs.

Le partage des compétences législatives a eu pour effet au Canada de créer des rapports de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral. En conférant aux provinces une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils, le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est à l'origine de la complémentarité du droit fédéral et du droit privé provincial. En effet, seules les normes adoptées par les législatures provinciales peuvent compléter les textes fédéraux silencieux sur un aspect qui relève de la propriété et des droits civils et qui s'avère essentiel à leur application.

Cette règle souffre néanmoins une exception : en vertu de la théorie générale du partage des compétences, le droit privé provincial ne pourra trouver application à titre supplétif afin de pallier le défaut, par le Parlement, d'exercer sa compétence principale sur une matière : « Le fait que le Parlement du Dominion s'abstient de légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative conférée au Dominion [...] »[25]

Le droit privé provincial ne s'appliquera donc que dans ce qui relève de la compétence accessoire du Parlement, c'est-à-dire dans un domaine qui, principalement, relève de la compétence des provinces aux termes du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais qui peut être régi par le législateur fédéral dans la mesure requise à la poursuite d'un objectif qui relève, quant à lui, de la seule compétence du Parlement.

Pour ces motifs, la formule « propriété et droits civils/property and civil rights » en est venue à désigner le domaine du droit privé *stricto sensu* en général — moins les matières relevant du fédéral — ainsi que certains domaines de droit public, particulièrement en droit administratif, reliés au droit privé. Selon le professeur Hogg :

> « in other words, the evolution of our laws has now swept much public law into the rubric which was originally designed to exclude public law ».[26]

Quant aux liens qui unissent le droit civil aux lois fédérales, ils sont analogues à ceux qu'entretiennent entre eux le corpus législatif de la province de Québec et le *Code civil du Québec*. Le *Code civil du Québec* établit en effet le droit commun et est susceptible de compléter les autres lois. Cette corrélation existe également entre le droit fédéral et le droit privé des autres provinces, moins visible cependant, car ces provinces ont en commun un même droit fondamental, la common law, laquelle est d'ailleurs visiblement présente au sein des lois fédérales, ce qui facilite l'interprétation et l'application dans les provinces ayant en commun cette même tradition juridique

---

[25] *Union Colliery* c. *Bryden*, [1899] A.C. 580 à la p. 588 (traduction de F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 282).

[26] Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4e édition, Carswell, Toronto, 1997, p. 547.

de droit privé. Dans ce contexte, la notion de droit supplétif, laquelle fonde le postulat de complémentarité, se trouve déterminante.

La question de la complémentarité du droit civil avec la législation fédérale, particulièrement en ce qui distingue les différents types d'interaction, reste à approfondir, voire à organiser. Cette question intervient chaque fois qu'une disposition d'une loi fédérale fait appel de près ou de loin à une notion de droit privé. Les domaines particuliers du droit qui sont régis par des lois fédérales, les lettres de change, les banques, la faillite par exemple, appellent souvent cette question.

Le Parlement fédéral n'ayant qu'un pouvoir limité en matière privée, les droits provinciaux s'appliquent ainsi, en principe, lorsqu'il s'agit de compléter les textes fédéraux. Le droit civil complète une loi fédérale tantôt par la *dépendance implicite* d'une loi fédérale au régime de droit commun régissant les rapports entre particuliers dans la province. Le droit civil complète également une loi fédérale tantôt au moyen d'une *disposition formelle de renvoi* à un droit de référence dans la loi fédérale. Par exemple, le paragraphe 91(4) de la *Loi maritime du Canada* énonce que :

> *(4) L'octroi d'un permis ou la location d'un immeuble peuvent s'effectuer par un acte qui,* ***en vertu des lois de la province de situation de l'immeuble****, peut servir à en opérer l'octroi ou la location entre sujets de droit privé.*

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, tel que modifié par le projet de loi S-4, *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, déposé au Sénat en janvier dernier, constitue un autre exemple :

> ***c)*** *Dans le cas de réclamations visant l'État pour lesquelles la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière* ***la cour supérieure de la province*** *où survient la cause d'action.*

Lorsqu'il est question de déterminer les créanciers qui seront préférés à d'autres dans un contexte de faillite, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* détermine quels seront ces créanciers en se référant aux notions de droit privé des provinces, lesquelles se trouvent énoncées, au Québec, dans le *Code civil du Québec*.

Le Parlement fédéral s'appuie en outre, implicitement ou explicitement, sur le droit privé lorsque, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il fait référence aux notions de fiducie et d'hypothèque.

Le législateur fédéral peut également écarter explicitement le droit commun de la province et choisir un droit de référence autre.

La complémentarité qui lie le droit fédéral au droit civil, comme du reste celle qui lie le droit fédéral au droit des autres provinces dans les mêmes circonstances, constitue la pierre d'assise des travaux effectués au ministère de la Justice du Canada ainsi que des efforts qui y sont déployés pour en faire comprendre les particularités et les atouts : au moyen de quels procédés le législateur fédéral canadien a-t-il entrepris de disposer de la complémentarité? Avant de répondre à cette question, il en est une exception dont les paragraphes qui suivent traitent brièvement : le concept de *dissociation*.

Dans une étude publiée en 1996 pour le compte du ministère de la Justice du Canada, les professeurs Morel et Brisson mentionnent que la règle de la complémentarité connaît des exceptions qu'ils qualifient de dissociations. Dans de tels cas, une norme étrangère au droit privé de la province d'application vient pallier l'incomplétude de la norme législative fédérale et exclut ainsi

toute application à titre supplétif du droit de cette province. Il sera dit de telles normes, qu'elles ne présentent aucun rapport de complémentarité avec le droit provincial. Aussi, un secteur d'activités sera dit de « droit fédéral autonome » lorsque l'ensemble des normes législatives le régissant entretiennent un tel rapport de dissociation.

Ainsi, questionnerons-nous les sources de la dissociation lorsqu'en choisissant un droit autre que celui du Québec afin de suppléer aux silences de sa législation, le Parlement fédéral exclut toute application. Le degré de dissociation du droit fédéral et du droit civil est au demeurant sujet à variation : la dissociation sera ou absolue, ou relative.

L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*[27] constitue un exemple privilégié de dissociation implicite.

La Cour suprême a traité de cet article dans l'arrêt *ITO — International Terminal Operators* c. *Miida Electronics Inc.*[28] L'approche adoptée par la Cour suprême du Canada, au moment de définir l'étendue des pouvoirs législatifs du Parlement en matière de navigation et de marine marchande, s'est distinguée de l'approche traditionnelle qui prévalait jusqu'alors en matière d'examen de la constitutionnalité des lois[29]. Pour déterminer l'étendue des pouvoirs législatifs du Parlement en la matière, la Cour suprême s'en est plutôt remise à l'expression « droit maritime canadien » contenue à la *Loi sur la Cour fédérale*. Cette cour, créée en 1971, assume la juridiction d'amirauté confiée auparavant à la Cour de l'Échiquier. Sa loi constitutive précise et élargit cette juridiction en lui confiant l'administration du « droit maritime canadien ». Ce droit est défini à l'article 2 comme suit :

> ***droit maritime canadien*** *Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la Loi sur l'Amirauté, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime ou d'amirauté.*

À la suite d'une longue série de jugements concernant la juridiction de la Cour fédérale, la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *ITO* c. *Miida Electronics Inc.* l'existence d'un droit maritime canadien uniforme couvrant tout le domaine de la compétence fédérale en la matière, et excluant l'utilisation du droit provincial à titre supplétif[30]. Fondé essentiellement sur la common law d'Angleterre, le droit maritime canadien engloberait donc certains principes dont l'origine est le droit maritime anglais et qui ont été reçus en droit canadien.

---

27 L.R.C. 1985, ch. F-7.

28 [1986] 1 R.C.S. 752.

29 Selon l'approche traditionnelle de la théorie générale du partage des compétences, la résolution d'un problème quant à la constitutionnalité d'une mesure législative passe d'abord par la définition des pouvoirs qu'alloue la Constitution, et non la loi, à un ordre de pouvoir législatif. La loi ne saurait en effet pourvoir à la définition de l'étendue de ces pouvoirs. Sur la théorie générale du partage des compétences : F. Chevrette, H. Marx, *Droit constitutionnel*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1982 aux pp. 271-73.

30 *International Terminal Operators Ltd.* c. *Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 aux pp. 774-779. Dans cet arrêt, il s'agissait notamment de savoir s'il existait un corps de droit fédéral sur lequel la Cour fédérale pouvait trancher un litige impliquant la responsabilité civile extracontractuelle d'une entreprise d'aconage. Excluant l'application des règles énoncées au *C.C.B.C.*, le juge McIntyre conclut ainsi à la p. 779 : « Je suis d'avis [...] que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada [...]. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que défini l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit des provinces »; voir à ce sujet, G. Lefebvre, *L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec* (1997) 31 *R.J.T.* 577.

Le droit maritime ayant été défini par la Cour suprême en tant que droit autonome, le concept de dissociation y serait donc actualisé en ceci que l'application de cette disposition fait obstacle à l'application, à titre complémentaire, du droit des provinces.

C'est ainsi que l'action réciproque de ces deux systèmes juridiques peut se manifester de diverses manières et c'est dans l'interaction de leurs règles ou de leurs principes respectifs, telle qu'elle amène parfois le législateur ou l'interprète de la loi à procéder à l'harmonisation ou à la nécessaire coordination de leurs rapports, que l'on repère les phénomènes les plus intéressants.

L'actualisation des rapports de complémentarité

Les procédés d'harmonisation des textes législatifs fédéraux avec la nouvelle terminologie et les nouveaux concepts du récent *Code civil du Québec* ainsi que les techniques de rédaction législative bijuridique et bilingue mis en œuvre dans le cadre du Programme d'harmonisation du ministère de la Justice du Canada actualisent précisément ces rapports de complémentarité, tout en respectant la dissociation dont il vient d'être question. L'expérience en ce domaine est unique au Canada « et nous confère une place de choix sur l'échiquier international », de dire l'honorable Gérald-A. Beaudoin, sénateur[31], dans le cadre du débat sur le projet de loi S-4 *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* qui a été déposé au Sénat le 11 mai 2000.

Cette expérience conduit tout naturellement d'ailleurs à la création d'un certain nombre de néologismes, de notions nouvelles, à l'élaboration de nouveaux procédés de recherche et d'harmonisation. La Section du Code civil a en effet entrepris de systématiser ses procédés d'harmonisation, tant les implications méthodologiques découlant de l'accomplissement de l'harmonisation sont multiples.

- ***Une première implication méthodologique***

Une première implication méthodologique est celle qui dérive de l'analyse de l'interaction entre les lois fédérales et le droit civil. La singularité de la démarche d'harmonisation tient à la nature des liens qui unissent le droit fédéral au droit civil du Québec.

Décrivant les étapes successives du raisonnement qui justifie la recommandation d'une modification législative, le processus d'harmonisation permet, selon un modèle privilégié de *qualification*, l'identification des dispositions susceptibles d'harmonisation et l'obtention de solutions d'harmonisation parmi les mieux adaptées. Ainsi, questionnera-t-on en ces termes, notamment, une situation juridique donnée :

1. Quelle est l'intention du législateur qui a présidé à l'avènement de la norme fédérale?
2. Quel en est le véhicule linguistique et conceptuel?
3. De quelle tradition — civiliste ou de common law — est-elle l'actualisation et de l'inscription duquel des quatre auditoires — civiliste francophone, civiliste anglophone, common law francophone, common law anglophone — est-elle le répondant?
4. Quelle est la solution susceptible d'y matérialiser le bijuridisme?

---

[31] Débats du Sénat (hansard), 2e session, 36e législature, volume 138, n° 58, le jeudi 18 mai 2000, http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/chambus/senate/deb-f/58db_2000-05-18-f.htm.

5. La solution retenue entraîne-t-elle une modification linguistique ou conceptuelle, ou les deux?

6. Quel est le procédé méthodologique, voire rédactionnel, le plus efficace à répondre aux objectifs?

7. Quelle est enfin l'incidence des modifications ainsi proposées?

Dans le cadre des travaux d'harmonisation en cours au ministère de la Justice du Canada, une situation juridique sera considérée tantôt *unijuridique*, tantôt *semi-bijuridique*.[32]

- ***Une seconde implication méthodologique***

Une seconde implication méthodologique découle de la précédente, soit celle d'énoncer des règles de conduite en matière de rédaction législative, voire d'harmonisation. S'ensuivent donc des guides pour la rédaction et l'interprétation des lois à venir.

Bien que les deux versions du texte aient une autorité égale, il importe d'assurer que le concept civiliste et le concept de common law utilisés ou éventuellement proposés reçoivent, chacun, l'acception qui leur est propre selon le système juridique dont ils sont issus et qui est en vigueur dans la province où la loi est appliquée. Cet objectif est certes louable. Cependant, recommander et rédiger la modification de dispositions données n'est jamais aisé lorsque les questions à résoudre sont complexes : la législation fédérale doit s'adresser simultanément à quatre auditoires et en cela, non seulement être bilingue mais bijuridique.

La création de nouveaux termes et l'élaboration de nouveaux procédés de recherche s'accompagnent donc au demeurant de nouvelles techniques de rédaction législative ou, dira-t-on également, de procédés d'harmonisation : ainsi, tantôt privilégiera-t-on l'emploi du *doublet* — le doublet dit *simple* ou *avec alinéas* consistant à rendre au moyen de termes différents la règle de droit applicable à chaque système —, tantôt convoitera-t-on la *neutralité terminologique*, laquelle consiste, quant à elle, à employer un terme à caractère neutre qui n'a de connotation ni dans l'un ni dans l'autre système juridique[33].

Toutes ces réflexions sur les formes de cœxistence des deux traditions juridiques au Canada nous amènent donc à reconnaître désormais que l'interaction des deux systèmes peut influencer l'évolution de l'un ou l'autre, ou parfois même, l'évolution de l'un et l'autre de ces systèmes. Le Canada n'est pas le seul pays où ces phénomènes se retrouvent. La réflexion sur le bijuridisme canadien gagne à s'enrichir de l'étude d'autres systèmes juridiques existant ailleurs dans le monde. Le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Europe offrent des illustrations par ailleurs différentes des modes d'interaction possibles entre ces systèmes juridiques.

---

[32] Voir L. Maguire-Wellington, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, deuxième publication, fascicule n° 4 (Ottawa : ministère de la Justice du Canada 2001).

[33] *Ibid.*, à la page 9.

PARTIE III

FORMES DE LA CŒXISTENCE DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES AILLEURS DANS LE MONDE

À travers le monde, les cas de bijuridisme sont nombreux. Près d'une centaine de pays sont en effet régis par une combinaison de deux, voire de plusieurs systèmes de droit. Le bijuridisme est le plus souvent le résultat de la juxtaposition d'un système juridique — typiquement le droit civil ou la common law — à un droit préexistant — comme le droit coutumier, le droit musulman ou le droit talmudique. La combinaison *droit civil/common law* est beaucoup plus rare, on la trouve dans à peine une quinzaine d'États. Les exemples qui suivent en traitent donc[34].

Royaume-Uni[35] et lois applicables en Écosse

L'Angleterre et l'Écosse étaient des royaumes autonomes jusqu'à la succession de James VI au trône d'Angleterre, en 1603. À partir de cette date, elles ont partagé le même chef d'État, tout en demeurant deux royaumes distincts. L'unification a été réalisée en 1707 par l'*Union with Scotland Act* et l'*Union with England Act*. La création du nouveau royaume, la Grande-Bretagne, doté de son propre Parlement, a entraîné la disparition des royaumes anglais et écossais et de leur parlement. Malgré l'Union, l'Écosse a conservé son droit en matière privée et ses tribunaux, mais la Chambre des Lords, principalement composée de juges formés à la common law, est devenue le tribunal ayant l'ultime juridiction en matière civile. La disparition du Parlement écossais a eu pour effet de donner au Parlement britannique le pouvoir de modifier le droit privé écossais, ce pouvoir devant être exercé « for the evident utility of the subjects whithin Scotland ».

Le système juridique de ce pays est dans ce contexte bijuridique : la common law anglaise et le droit civil écossais y cœxistent puisque l'Acte d'Union a prévu que l'Écosse conservait son droit en matière privée.

En 1998, le Parlement a adopté *The Scotland Act 1998* qui crée un Parlement écossais ayant juridiction en plusieurs matières.[36] La juridiction du Parlement écossais n'est pas exclusive, le Parlement du Royaume-Uni conservant le pouvoir de légiférer dans ces matières. D'autres matières, comme la défense, la sécurité sociale, la politique étrangère, l'immigration et la nationalité et le chômage, sont réservées à la seule juridiction du Parlement du Royaume-Uni.

En Écosse, les lois peuvent avoir une origine locale (Royaume-Uni, Écosse) ou supranationale (Europe). La plupart des lois qui s'appliquent en Écosse sont l'œuvre du Parlement du Royaume-Uni. Parmi les lois écossaises en vigueur, on trouve : *The Union Act* (1707); les lois écossaises antérieures à l'Union et les lois adoptées par le Parlement écossais depuis 1999.

Le processus législatif prend fréquemment en compte les traditions juridiques différentes de l'Angleterre et de l'Écosse. Pour ce faire, plusieurs méthodes sont utilisées :

---

[34] Les données qui suivent ont été recueillies par notre consœur, de passage au ministère de la Justice du Canada, M[e] Élise Charpentier.

[35] La Grande-Bretagne comprend l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Écosse; alors que le Royaume-Uni désigne la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord.

[36] Par exemple : la santé, les communautés locales, l'éducation, le logement, le transport, le sport, la loi et l'ordre, l'agriculture, les pêches et la foresterie, les arts, etc.

- l'emploi d'un vocabulaire juridique neutre, c'est-à-dire qui ne relève pas de l'une ou l'autre tradition (p. ex. : l'expression « devolution by law » employée à l'article 2, *Succession Duty Act*, est une expression purement descriptive de la situation visée);
- l'indication à la suite d'un terme de common law, du terme de droit écossais (p. ex. : *Partnership Act, Bill of Exchange Act*);
- l'adaptation des lois par des dispositions particulières, tels l'article 7 de la *Damages Act 1996* : « In the application of this Act to Scotland "personal injury" has the meaning given by subsection 10(1) of the *Damages (Scotland) Act 1976* » et l'article 17 de la *Defamation Act 1996* : « In this Act as it applies to proceedings in Scotland "costs" means expenses; and "plaintiff" and "defendant" mean pursuer and defender ».

Qu'en est-il du principe de la complémentarité au Royaume-Uni? Bien que les tribunaux reconnaissent que les lois sont destinées à s'appliquer dans deux systèmes de droit distincts, ils interprètent la loi en fonction du sens attribué aux termes juridiques dans la tradition dont ils relèvent. Ils appliquent ensuite la loi de façon analogue dans l'autre tradition[37]. L'interaction du droit civil et de la common law donne donc lieu à la dissociation de ces deux systèmes plutôt qu'à leur complémentarité.[38]

Aussi, dit-on du droit écossais qu'il est un droit civil imprégné de droit romain et le résultat d'une longue évolution. Ses principes ont été puisés à de multiples sources (droit canonique, *lex mercatoria*, droit allodial, droit celte et droit féodal). Le droit romain y a exercé une influence déterminante, comparable à celle du droit anglais. À la suite de l'unification, plusieurs solutions inspirées de la common law ont en effet été intégrées au droit écossais. Bien que la Chambre des Lords n'ait pas délibérément « anglicisé » le droit écossais, son rôle à cet égard ne peut être sous-estimé : elle a parfois appliqué des solutions anglaises à des problèmes écossais, ignorant ainsi les principes de ce droit. Les sources du droit écossais sont les coutumes et usages, la loi, la jurisprudence et la doctrine. Certains textes de doctrine datant de la fin du XVII[e] et du XVIII[e] siècles sont considérés comme des sources formelles du droit, ils sont l'œuvre des « institutional writers » (Stair, Erskin, Bell et Hume).

États-Unis et lois applicables en Louisiane

Les États-Unis forment un pays dont la constitution est de type fédéral. Les États ont conservé leurs pouvoirs de légiférer, le gouvernement américain ne jouit que d'une compétence limitée, il ne peut légiférer que dans la mesure où les États lui ont délégué ce pouvoir. C'est ce que prévoit le X[e] amendement :

> « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people ».[39]

---

37 *Income Tax Commissioners* v. *Pemsel*, (1891) A.C. 531.

38 Les tribunaux reconnaissent toutefois la particularité du droit écossais lorsqu'il s'agit de la détermination des règles de droit applicables. Ainsi, on a décidé (*Levy* v. *Jackson*, (1903) 5 F. 1170) qu'une loi rédigée sans aucune référence aux institutions écossaises, dont la terminologie était anglaise et qui ne tenait compte que de la procédure et des officiers publics anglais ne s'appliquait pas à l'Écosse, et ce, malgré la présomption selon laquelle, l'Écosse est soumise aux lois qui ne contiennent aucune limitation expresse.

39 Voir http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/toc.html.

Chaque État a le pouvoir d'établir les règles de droit privé qu'il juge appropriées, d'où la pluralité de systèmes juridiques qui fait des États-Unis un pays bijuridique. Le droit privé comprend le droit civil mais pas nécessairement le droit commercial puisque l'article I, section 8 prévoit que :

> « The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States [...] ».[40]

La plupart des États ont adopté la common law, mais la Louisiane a conservé le droit civil. À partir de la colonisation, le territoire qui deviendra plus tard la Louisiane est en effet soumis au droit français, notamment à la *Coutume de Paris*. En 1762, l'Espagne acquiert la Louisiane et impose son droit en 1769. Ce droit est celui qui a le plus marqué la Louisiane, car bien que l'Espagne ait rétrocédé le territoire à la France en 1800, celle-ci a alors laissé le droit espagnol en vigueur. De même, à la suite de la vente aux États-Unis de la Louisiane, en 1803, le Congrès n'a pas imposé la common law à ce territoire, bien qu'il ait alors eu le pouvoir pour ce faire. À partir du moment où la Louisiane devient un État, en 1812, le Congrès perd ce pouvoir.

Dès sa création, l'État de Louisiane prévoit dans sa constitution qu'il ne sera pas permis d'adopter un droit non écrit, excluant ainsi la common law.[41] Ce droit a été « codifié » en 1808. On fait toutefois généralement référence au Code civil de 1825, puisqu'un bon nombre d'ajouts et de modifications y ont alors été apportés.[42] Le Code civil a été révisé en 1870 et en 1987.[43]

Le principe de la complémentarité existe-t-il aux États-Unis? Le système judiciaire américain est composé de tribunaux appliquant le droit fédéral et de tribunaux qui relèvent et appliquent le droit de chacun des États. Sauf en matière constitutionnelle, les litiges peuvent être soumis à un tribunal fédéral ou à une juridiction d'État.[44] Ce système est, entre autres, destiné à assurer l'uniformité de l'application et de l'interprétation du droit fédéral sur tout le territoire.

Les tribunaux fédéraux appelés à interpréter une loi d'un État, de même que lorsqu'une question relative à une loi d'un État se pose dans une affaire relative au droit fédéral, doivent adopter l'interprétation des tribunaux de cet État.[45] C'est en effet ce qu'a décidé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Erie Railroad Co.* v. *Tompkins*[46] :

> « Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a State whether they be local in their nature or « general », be they commercial law or a

---

40 *Ibid.*

41 Voir, entres autres, A.A. Levasseur, « La réception du système de la common law par le système législatif français en Louisiane », *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin. Textes présentés au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Doucet, M. et Vanderlinden, J., éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, 381; *id.*, « Le bijuridisme dans un système fédéral ou d'autonomie locale — États-Unis », *Rapport national, XIII^e Congrès international de droit comparé (Montréal, 1990)*, Montréal, s.n., 1990; R.A. Pascal, note 42.

42 Ces modifications ont entre autres été rendues nécessaires pour faciliter la tâche des juristes qui devaient toujours consulter le droit espagnol puisque le texte de 1808 n'avait pas eu pour effet de l'abroger. Voir R.A. Pascal, « Louisiana's Mixed Legal System », (1984) 15 R.G.D. 341, à la p. 342.

43 Voir N. Yiannopoulos, « The *Civil Codes of Louisiana* », *Louisiana Civil Code 1993*, St-Paul, Minn., Wets Pub. Co., 1993.

44 Certaines matières sont toutefois du ressort exclusif des tribunaux fédéraux. Voir, A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1994, aux pp. 30-36.

45 *Ibid.*, à la p. 36, A.R. von Mehren, *Law in the United States, A General and Comparative View*, New York, Kluwer, 1988, à la p. 39 et s.

46 304 U.S. 64 (S.Ct., 1937).

part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts. »

Il arrive par ailleurs qu'une loi fédérale comporte des dispositions contraires au droit privé d'un État, alors la loi fédérale s'applique comme si le droit de l'État n'existait pas.[47] Ainsi, on a décidé qu'une pension de retraite versée à un militaire ne faisait pas partie de la communauté de biens, contrairement aux prescriptions du droit louisianais.[48]

Europe et autonomie du droit européen

En 1951, le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)[49] a permis de jeter les bases d'une nouvelle Europe en créant une « Haute Autorité », une Assemblée parlementaire, un Conseil des ministres, une Cour de Justice et un Comité consultatif. Il a été suivi du traité de la Communauté économique européenne (CEE)[50] qui prévoit, entre autres, l'élimination des droits de douane entre les États membres; l'établissement d'un tarif douanier extérieur commun; l'instauration d'une politique commune dans l'agriculture et les transports; la création d'un Fonds social européen; l'institution d'une Banque européenne d'investissement; et le développement de relations plus étroites entre les États membres. Les principes directeurs du traité de la CEE délimitent le cadre de l'action législative des institutions communautaires : politique agricole commune,[51] politique des transports,[52] politique commerciale commune.[53] Les principaux objectifs du marché commun sont de permettre la libre circulation des marchandises, des travailleurs, des entreprises, des prestations de services et des mouvements de capitaux.

Les pays d'Europe ont conclu un nouveau traité en 1986. L'Acte unique européen (AUE)[54], dont les grands objectifs sont d'accroître le rôle du Parlement européen afin de remédier au déficit démocratique dans le système décisionnel communautaire et d'améliorer la capacité de décision du Conseil. Pour ce faire les procédures décisionnelles ont été accélérées et plusieurs compétences nouvelles ont été confiées aux institutions européennes : marché intérieur, politique sociale, cohésion économique et sociale, recherche et développement technologiques, environnement. L'un des principaux nouveaux chantiers de l'Europe, consacré dans le Titre VI du *Traité de Maastricht* de 1992, est la construction d'un « Espace de liberté, de sécurité et de justice ». Le Titre IV du *Traité d'Amsterdam* de 1997 a concrétisé ce domaine en donnant de nouvelles options législatives. La sécurité commune et la coopération policière et pénale restent du domaine de l'Union[55] tandis que les questions de justice et affaires intérieures[56] sont du ressort des communautés européennes[57].

---

47 Voir R.A. Pascal, *supra* note 42, à la p. 345 et s.

48 *Dedon* v. *Dedon*, 404 So. 2nd 904 (1981), cité par R.A. Pascal, *supra* note 42, à la p. 346.

49 Entré en vigueur le 25 juillet 1952.

50 Signé le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1er janvier 1958.

51 Art. 38 à 43.

52 Art. 74-75.

53 Art. 110 à 113.

54 Signé le 17 février, entré en vigueur le 1er juillet 1987.

55 Voir les articles 11-45 du Traité de l'Union.

56 C'est-à-dire l'asile, l'immigration, les visas et la coopération judiciaire en matière civile.

57 Voir les articles 61 à 69 du *Traité instituant les Communautés européennes* (ex-articles 73 I à 73 Q *Traité CE*). Depuis mai 1999, il y a déjà trois initiatives complétées : Règlement relatif à la signification et la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale; Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité; Règlement relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs (*Bruxelles II*).

La Communauté européenne est en voie de façonner un droit commun, où la common law anglaise et le droit civil d'inspiration française jouent un rôle important. La Communauté européenne s'institue toutefois, en matière économique, comme une source de droit spécifique, autonome, avec la hiérarchie de ses textes (règlements, directions, recommandations, avis, communications) et surtout avec le rôle de la Cour de justice des Communautés dont la jurisprudence constante affirme la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. La Communauté s'efforce au demeurant de créer des conditions favorables au développement intégré par l'*harmonisation*[58] des législations nationales ou par la création d'un droit communautaire. L'harmonisation se fait à partir de directives qui établissent les normes que les États membres doivent intégrer dans leur droit national. Les directives peuvent porter sur une foule de sujets, notamment sur l'agriculture, les transports, le commerce intérieur et la protection des consommateurs. La création d'un droit communautaire directement applicable dans les États membres se fait par l'adoption de règlements[59].

L'objet principal de l'harmonisation des législations nationales n'est pas le droit privé mais plutôt des normes propres à la libre circulation des marchandises, services, personnes et capitaux (c.-à-d., normes de fabrication des produits, de leur emballage, de leur transport, normes de service, déréglementation des tarifs). Le droit communautaire a donc un impact beaucoup plus fort dans le domaine du droit réglementaire ou administratif. Il arrive toutefois que le droit privé soit directement visé. Dans d'autres cas, il est simplement interpellé pour la mise en œuvre de règlements ou de directives comme c'est le cas dans le domaine des transports en ce qui a trait à l'application des principes de responsabilité civile aux accidents.

Les normes européennes n'émanent pas d'un organe étatique, mais plutôt d'une organisation à la fois supragouvernementale et intergouvernementale. La répartition des compétences entre les États membres et la Communauté obéit au principe de la subsidiarité. Ce principe implique que les États membres conservent leur compétence dans les domaines où ils sont plus efficaces et les pouvoirs qu'ils ne sont pas en mesure d'exercer d'une façon satisfaisante reviennent à la Communauté.

---

58 Force nous est de constater que les présentations effectuées lors du colloque *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Ottawa, octobre 2000, en témoignent, que l'emploi du terme « harmonisation » recouvre, dans la situation européenne, une réalité profondément différente de celle qui caractérise les travaux d'harmonisation qui sont en cours chez nous; le rédacteur du droit européen convoite de manière plus marquée la neutralité et voire la création de nouveaux termes qui recueillent l'assentiment des divers interlocuteurs juridiques. Les résultats des travaux d'harmonisation effectués chez nous laissent plutôt présager une plus grande viabilité de la *cohabitation* (Marie-Claude Gervais, article de Moncton) des deux traditions dans une disposition donnée, tantôt au moyen du doublet, tantôt au moyen d'une précision de limitation territoriale.

59 Le *Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique* (GEIE), offre par exemple aux sociétés d'un État membre la possibilité de coopérer pour un objectif commun avec des sociétés ou des personnes physiques d'autres États membres.

Si on compare la situation européenne à celle qui prévaut au Canada, il faut d'abord souligner que la nature des normes est donc bien différente. Le règlement peut toutefois s'apparenter à une loi fédérale dans la mesure où il est directement applicable dans chacun des pays. Contrairement aux lois des provinces canadiennes, les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres ne sont licites que dans la mesure où le règlement le prévoit ou que son application efficace l'exige. De plus, les mesures d'exécution que prennent les États membres ne peuvent en aucun cas modifier ou compléter la portée et l'effet utile d'un règlement.[60]

Conclusion générale

Que se passe-t-il lorsque le législateur fédéral, œuvrant dans son champ de compétence, fait intervenir le droit privé qui lui, relève des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Nous savons pertinemment que les domaines de mariage et de divorce, de la faillite et de l'insolvabilité, de la propriété intellectuelle en sont des exemples manifestes. Nous relevons par ailleurs dans de nombreuses lois qui portent principalement sur des matières de droit public la présence de dispositions qui font appel à des concepts de droit privé ou qui régissent des relations de droit privé. En effet, plus de 300 lois fédérales en vigueur possèdent des dispositions de droit privé de compétence provinciale. Bien que le législateur fédéral n'est pourtant pas juridiquement tenu de s'exprimer de manière bijuridique, ces lois devraient intégrer, dans les deux versions linguistiques, le droit civil du Québec et la common law des autres provinces. L'honorable Juge Viau affirme que c'est ainsi que les conçoivent et en décident les tribunaux canadiens. La démarche s'avère toutefois plus difficile lorsque par exemple, affirme-t-il également, le législateur fédéral fait emploi de termes vagues plutôt que ceux plus précis du droit civil ou lorsqu'il accorde priorité à la common law dans les deux versions linguistiques. À juste titre, il cite le professeur Morel :

> « C'est ce qui se produit lorsque la norme juridique fédérale n'est formulée qu'en terme de common law ou qu'elle reflète des conceptions caractéristiques de la common law qui se concilient mal avec le système de droit civil. Mais c'est aussi le cas lorsque, par le moyen de définitions ou de dispositions interprétatives, une loi assimile artificiellement des notions de droit civil à des notions de common law. »[61] Nous savons désormais à quel point cette situation s'est complexifiée depuis l'entrée en vigueur, en 1994, du *Code civil du Québec* qui a modifié substantiellement certains concepts, notions et institutions.

En raison de ce phénomène indissociable du droit canadien qu'est l'interaction des règles de diverses origines, le ministère de la Justice du Canada a adopté une *Politique sur le bijuridisme législatif*, a mis en œuvre un *Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec* et a créé un *Comité sur le bilinguisme et le bijuridisme*.

Néanmoins, la question de l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois se posait depuis longtemps car, jusque dans les années 70, les lois et les règlements fédéraux s'inspiraient essentiellement de la common law. Elles étaient rédigées en anglais et traduites en français par des traducteurs sans compétence particulière en droit. Le Ministère ne disposant pas alors des ressources en matière de common law en français et de droit civil en anglais, les exigences du bilinguisme étaient sauves mais celles du bijuridisme restaient à mettre en place.

---

60 Voir l'article 10(5) du traité CE.

61 P. Viau, *supra* note 4, p. 144 cite A. Morel, « L'harmonisation avec *le Code civil du Québec*. Pourquoi? Comment? », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 1997, à la p. 15.

Depuis 1978, les projets de loi et les règlements fédéraux sont rédigés par une équipe de deux rédacteurs constituée d'un juriste (le plus souvent un common lawyer) anglophone, et d'un juriste (le plus souvent civiliste) francophone.

Les commentaires formulés lors de la consultation menée par le Ministère sur la version française des textes de loi fédéraux, entre 1988 et 1991, a permis de comprendre jusqu'à quel point il est important que les deux versions des textes de loi fédéraux tiennent mieux compte des deux systèmes juridiques existant au Canada. Beaucoup de francophones de l'extérieur du Québec et d'anglophones québécois ont déploré le fait que la version française des textes de loi fédéraux soit trop axée sur le droit civil et, à l'inverse, que la version anglaise soit trop tributaire de la common law.

En entreprenant l'harmonisation des lois fédérales à la lumière du *Code civil du Québec*, le ministère de la Justice du Canada a lui aussi constaté qu'une harmonisation de la législation fédérale était nécessaire non seulement avec les nouveautés du Code civil, mais avec l'ensemble des règles énoncées dans ce Code.

Il n'est déjà pas facile de rédiger des textes de loi en deux versions officielles dans un État où il n'y a qu'un système juridique. Vouloir répondre aux impératifs du bilinguisme institutionnel et rédiger des textes de loi bilingues en contexte bijuridique constituent un véritable défi. En effet, il est plus aisé, ajoute l'honorable Juge Viau, « de discuter de ces questions dans l'abstrait que de rédiger des textes en respectant scrupuleusement les principes énoncés. Le système idéal eût été d'adopter pas moins de quatre versions officielles : une version française et une anglaise civiliste et deux autres fondées sur la common law. Coûts prohibitifs compte tenu du nombre de lois visées »[62].

C'est dans cette perspective que le ministère de la Justice du Canada a adopté, en juin 1995, une politique en matière de bijuridisme législatif, dans laquelle il s'engage, chaque fois qu'un projet de loi ou règlement fédéral touche au droit privé provincial ou territorial, à rédiger chacune des deux versions de ce texte en tenant compte également de la terminologie, des notions et des institutions propres aux deux systèmes de droit privé canadiens.

La *Politique sur le bijuridisme législatif*[63] reconnaît de ce fait que les quatre auditoires canadiens — les francophones de droit civil, les francophones de common law, les anglophones de droit civil et les anglophones de common law — doivent pouvoir lire les textes de loi fédéraux dans la langue officielle de leur choix et y trouver une terminologie et une formulation qui soient respectueuses du système juridique en vigueur dans leur province ou territoire.

Le ministère de la Justice du Canada est donc une institution qui croit au bijuridisme et à ses avantages; les efforts de modernisation qu'il déploie en témoignent : incontestablement liée à l'histoire juridique du Canada, l'actualisation par le Ministère du bijuridisme canadien n'a en effet d'égal dans le monde, ni de précédent.

En prêtant vigueur et matérialité au bijuridisme, le Ministère reflète mieux encore la réalité canadienne et assure au Canada un continuel avancement de son système de droit tant sur le plan national que face aux défis de la mondialisation. À des défis semblables font également face d'autres pays dont la gestion interne ainsi que des impératifs commerciaux les y obligent. Notre exposé en a d'ailleurs brièvement traité.

---

62 P. Viau, *supra* note 4, à la p. 145.

63 *Supra* note 32 à l'annexe 3.

La diversification et la complexification des instruments juridiques placent aujourd'hui le droit dans une nouvelle dynamique qui n'est pas étrangère à l'expérience de ces pays et surtout à l'expérience canadienne de la cœxistence de deux traditions juridiques. Les mandats assignés à notre Ministère aux plans national et international en témoignent, tout autant que la démarche de promotion du bijuridisme canadien qu'il a amorcée avec ses partenaires.

L'analyse comparative de la common law et du droit civil qui est exigée dans les circonstances permet d'identifier leurs valeurs et leurs limites respectives. Cette analyse contribue ainsi à l'amélioration et à la rationalisation du droit au Canada et ailleurs dans le monde. Cette analyse contribue aussi et enfin, à un questionnement sur nos modes d'interprétation du droit et sur les valeurs qui ont présidé à l'élaboration de nos normes juridiques. C'est dire que la cœxistence des traditions juridiques et son actualisation appellent singulièrement d'autres débats.